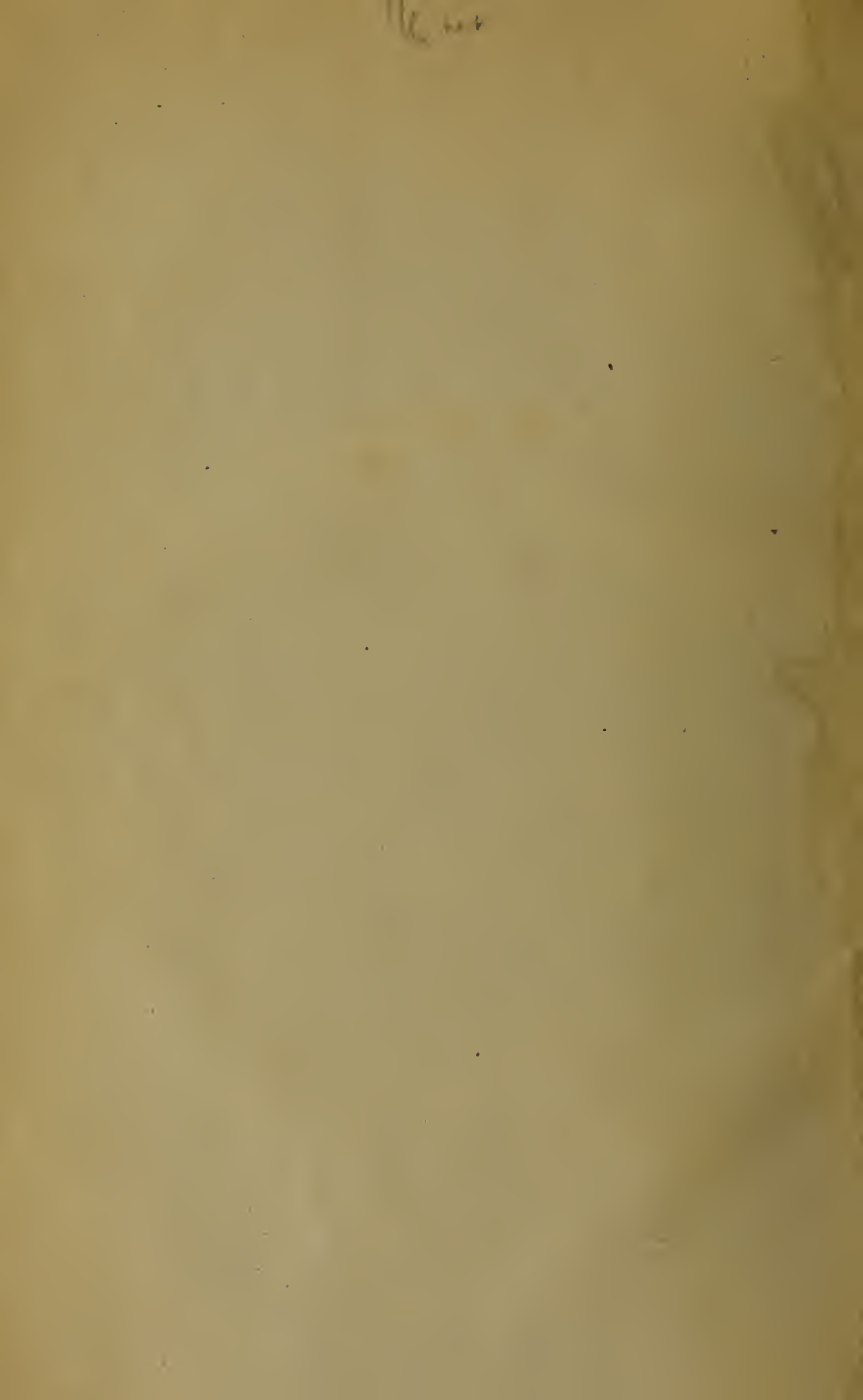

3 1761 09373275 8


CRACAN AN FHITHICH
PER MARE PER TERRAS
Philip James Macdonell.

Wm. Kingsley Gosling
1893.



Der Besitzwille.

Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode.

Von

Rudolf von Jhering.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1889.





Inhalt.



Vorrede.

Mit der gegenwärtigen Schrift löse ich ein Versprechen ein, das ich bereits vor zwanzig Jahren bei Veröffentlichung meiner Abhandlung über den Grund des Besitzschutzes in meinen Jahrbüchern (B. 9 S. 2) ertheilt habe. Dieselbe kündigte sich als erster Beitrag zur Lehre vom Besitz an, und es sollten ihr noch drei andere folgen: über die rechtliche Natur des Besitzes — den animus domini — das constitutum possessorium. Von der Bearbeitung des ersten und dritten Themas habe ich definitiv Abstand genommen, da sich mir inzwischen Gelegenheit geboten hat, meine Ansicht darüber anderwärts zu äußern[1]). Für das zweite Thema habe ich sie nicht gefunden, und es wäre auch nicht möglich gewesen, den ani-

1) Ueber das erste in meinem Geist des römischen Rechts B. 4 S. 365 fl. und in der vorliegenden Schrift S. 50, 51, über das dritte daselbst S. 210—230.

mus domini bloß im Vorübergehen abzuthun [1]). Für ihn bedurfte es der Aufbietung eines reichhaltigen Quellenapparats sowie einer eingehenden Kritik der herrschenden Lehre sowohl nach der dogmatischen als processualischen und selbst legislativpolitischen Seite hin, ja selbst die geschichtliche durfte nicht übergangen werden, da sie werthvolle Aufschlüsse gewährt.

Der animus domini ist derjenige Punkt gewesen, der mich zuerst an der Richtigkeit der Savigny'schen Besitztheorie irre gemacht hat. Bei der Lektüre der Quellen war ich auf einige Stellen gestoßen, die sich mit ihr schlechterdings nicht vertrugen, es sind diejenigen, die ich S. 343 u. fl. behandelt habe. Sie drängten mir die Ueberzeugung auf, daß darüber, ob bei Vorhandensein des äußern Thatbestandes des Besitzes, des s. g. corpus, im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz oder Detention entstehe, nicht die Verschiedenheit des Besitzwillens, sondern die Natur des unterliegenden Verhältnisses (die causa possessionis oder das Causalmoment des Besitzes, wie ich es nenne,) entscheide, selbst im Widerspruch mit der Ansicht und Absicht der Parteien. Die Ansicht reicht in die ersten Jahre meiner akademischen Lehrthätigkeit zurück, ich erinnere mich, daß ich sie schon 1846 auf der Durchreise durch Leipzig dem verstorbenen Marezoll mitgetheilt habe, freilich ohne bei ihm Glauben zu finden.

Anfänglich hatte ich noch Anstand genommen, sie in meinen Vorlesungen vorzutragen, ich hielt es für geboten, sie längere Zeit hindurch einer stets erneuerten Prüfung zu unterwerfen. Nachdem sie dieselbe vollständig bestanden, glaubte ich kein

---

1) Gelegentlich habe ich mich auch über ihn geäußert, s. darüber S. 162 Anm. 1.

Bedenken mehr tragen zu sollen, sie in meinen Pandektenvorlesungen zum Vortrag zu bringen, während ich in meinen Institutionenvorlesungen aus didaktischen Gründen davon Abstand nahm.

Die Gestalt, welche meine Theorie damals an sich trug, ist nicht dieselbe, welche ich inzwischen als die richtige erkannt habe, und insofern bedauere ich es nicht, daß ich mit der Veröffentlichung derselben länger als vierzig Jahre gewartet habe. Es war die der Causaltheorie, wie ich sie in der Schrift genannt und S. 165 ff. vom Standpunkt des Beweises aus einer Kritik unterworfen habe.

Ich bin genöthigt gewesen, dieser früheren Fassung meiner Theorie zu gedenken, weil der Kern derselben von einem meiner Zuhörer aus der Zeit meiner Lehrthätigkeit in Gießen (1852 bis 1868), Herrn Reichsgerichtsanwalt Reuling in Leipzig, bei Gelegenheit einer kritischen Anzeige in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, B. 17, S. 320 fl. (1872) auf eignen Namen veröffentlicht worden ist. Auf meine Anfrage bei ihm habe ich erfahren, daß er nicht anders glaubt, als in völlig selbständiger Weise zu seiner Ansicht gelangt zu sein, und da er, wie er mir mittheilt, seiner Zeit kein Heft bei mir geschrieben hat, so erblicke ich darin nichts Befremdliches. Wer weiß immer, wenn ein fremdes Samenkorn nach längerer Zeit in ihm aufgeht, woher es ihm gekommen? Ich setze also in seine Versicherung nicht den mindesten Zweifel, aber, um nicht von Seiten der Kritik die Bemerkung gewärtigen zu müssen, daß ich eines Schriftstellers, der mir auf meiner Bahn vorangegangen sei — und es ist der Einzige, der in Frage kommen kann, denn im Uebrigen halten alle andern bis auf den heutigen Tag noch grundsätzlich an dem Erforderniß eines be-

sonderen Besitzwillens für den juristischen Besitz fest — nicht gedacht habe, so war ich genöthigt, meinen Prioritätsanspruch geltend zu machen. Die Hefte, welche andere Zuhörer damals bei mir geschrieben haben, und in denen sich nicht bloß der von ihm mitgetheilte Kern meiner Ansicht, sondern auch der ganze ausführliche Apparat, dessen ich mich zu ihrer Begründung bediente, finden wird, werden die angegebene Thatsache außer Zweifel stellen.

Der Veröffentlichung meiner Theorie durch einen meiner ausländischen Zuhörer aus den letzten Jahren in einer auswärtigen juristischen Zeitschrift glaube ich nicht gedenken zu sollen, da ein literarischer Prioritätsstreit von dieser Seite für mich nicht zu befürchten steht.

Meine Schrift kündigt schon durch ihren Doppeltitel an, daß sie es nicht auf eine bloße Bearbeitung der Lehre vom Besitzwillen abgesehen hat. Diese Aufgabe würde mich nicht bestimmt haben, meine Zeit und Arbeitskraft wichtigeren Problemen, die seit geraumer Zeit mein ganzes Interesse und Denken in Anspruch nehmen, zu entziehen. Einen praktischen Erfolg konnte ich mir von ihr nicht in Aussicht stellen. Für die Praxis hätte meine Schrift ungeschrieben bleiben können, denn im richtigen Takt hatte sie bereits den Weg eingeschlagen, den ich ihr in der Schrift vorzuzeichnen gedachte, das Einzige, was meine Schrift für sie abwerfen kann, besteht in der Erkenntniß, daß derselbe auch theoretisch der richtige ist. Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, der mir inzwischen die unerwartete Gelegenheit einer praktischen Verwerthung meiner Theorie geboten hat, war damals noch nicht erschienen.

Angesichts dieser Erwägungen würde ich die Schrift, wenn ich ihre Aufgabe in der angegebenen Weise hätte abstecken

müssen, gar nicht geschrieben haben. Durch die Ermächtigung, die ich meinen Zuhörern zu ertheilen pflege, meine in den Vorlesungen vorgetragenen eigenen Ideen nach meinem Tode oder nach vorher eingeholter Erlaubniß bereits bei meinen Lebzeiten unter meinem Namen zu veröffentlichen, glaubte ich zur Genüge dafür gesorgt zu haben, daß meine Theorie vom animus domini irgend einmal zur öffentlichen Kunde gelangen werde. Das ihnen mitgetheilte Material reichte, wenn es auch hinter demjenigen, das ich in dieser Schrift aufgeboten habe, noch um ein Beträchtliches zurückbleibt, doch vollständig aus, um die juristische Welt in Stand zu setzen, sich über dieselbe ein Urtheil zu bilden.

Wenn ich mich gleichwohl entschlossen habe, die angegebene Lehre zu bearbeiten, so geschah es nur, um an ihr den Gegensatz zweier Methoden in der Jurisprudenz zu veranschaulichen: der *formalistischen* oder *dialektischen* und der *realistischen* oder *teleologischen*. Von den beiden Aufgaben, welche der Doppeltitel der Schrift namhaft macht, nimmt die erste die zweite, die zweite die erste Stelle ein.

Ich beabsichtigte, den Gegensatz beider am Ende dieser Schrift noch einmal im Zusammenhang principiell zu bestimmen und hatte ein dafür ausersehenes Schlußcapitel bereits theilweise ausgearbeitet. Aber unter der Hand wuchs dieser Stoff mir zu einer Ausdehnung an, welche den Umfang des Buches ungebührlich vergrößert hätte. Deshalb hielt ich es für richtiger, diese principielle Erörterung für später zurückzustellen. Der Leser, welcher den Gang meiner Untersuchung aufmerksam verfolgt, wird sie ohnedies kaum vermissen.

In meinen jüngeren Jahren selber der formalistischen Richtung mit Leib und Seele zugethan, bin ich in der Mitte

meines Lebens allmählich zur Erkenntniß ihrer Verkehrtheit gelangt, und seitdem habe ich nicht geruht, sie zu bekämpfen. Zuerst geschah es in einigen anonym publicirten Aufsätzen (1861—1863)[1]), dann in meinem Geist des römischen Rechts (B. 4 § 60, 1865), bald darauf in meiner Schrift über den Grund des Besitzschutzes (1867), zuletzt in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (1884). Sie ist es auch gewesen, welche mir den Gedanken an mein größeres Werk über den Zweck im Recht eingegeben hat. Dem begrifflichen Apriorismus in der Jurisprudenz glaubte ich nicht besser ein Ende machen zu können, als indem ich den Nachweis erbrachte, daß der Zweckgedanke der alleinige Schöpfer des Rechts ist, und die Herrschaft, welche sich die Logik im Recht anmaßt, eine erschlichene ist. Nur die erst im Verlauf des Werks sich mehr und mehr ergebende Unmöglichket, meinen Nachweis ausschließlich auf das Recht zu beschränken, hat mich auch auf die Sitte und Moral geführt, um den obigen Gedanken auch an ihnen zu bewahrheiten. In der gegenwärtigen Gestalt müßte das Werk eigentlich den Titel an sich tragen: Das teleologische System der sittlichen Weltordnung. In dem letzten Abschnitt desselben habe ich mir vorgenommen, die Tragweite des Zweckgedankens, nachdem ich ihn an der Hand der Geschichte principiell begründet, in besonderer Anwendung auf die wissenschaftliche Behandlung des Rechts darzulegen, sowohl für die allgemeineren Lehren[2]), als für die wichtigsten einzelnen Rechtsinstitute.

---

1) In den in der Preußischen, später Deutschen Gerichtszeitung veröffentlichten Vertraulichen Briefen eines Ungenannten über die heutige Jurisprudenz, abgedruckt im Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.

2) Beispielsweise nenne ich: den Zweck als Interpretationsprincip —

Unter den letzteren hatte ich mir insbesondere den Besitz ausersehen, um an ihm die Unrichtigkeit und gänzliche wissenschaftliche Unfruchtbarkeit der dialektischen Methode und die Fruchtbarkeit des Zweckgedankens d. i. die Richtigkeit der realistischen Methode zu veranschaulichen. Inzwischen habe ich mich überzeugt, daß dies innerhalb des knappen Raums, den ich dort dafür hätte beanspruchen dürfen, sich kaum mit dem wünschenswerthen Erfolg hätte bewerkstelligen lassen, und ich habe das wichtigste Stück der Besitzeslehre ausgeschieden, um es in der angegebenen Weise zu verwenden.

Dasselbe eignet sich dazu in einer Weise, wie keine andere juristische Lehre. Nirgends hat die Rechtslogik so sehr ihr Unwesen getrieben und so gründlich Banquerott gemacht wie bei der Theorie vom animus domini. Zu dieser Erwägung, welche meine Wahl allein schon hätte leiten können, gesellte sich noch das literarhistorische Interesse hinzu, welches gerade die Besitzlehre für die Richtung, die ich zu exemplificiren gedenke, in Anspruch nehmen kann. An ihr ist dieselbe am Anfang unseres Jahrhunderts mit Savigny, wenn auch nicht überall zuerst, so doch in einer Weise zu Tage getreten, daß wir die Geltung, deren sie sich seitdem erfreut, auf ihn zurückzuführen haben. Sein Werk über das Recht des Besitzes hat durch die bestechenden Vorzüge, deren es sich rühmen kann, die deutsche Rechtswissenschaft in die Bahn gelenkt, auf der er ihr darin vorangegangen war.

---

als die wahre Gestalt der s. g. Natur der Sache — als Gränze der praktischen Tragweite der Rechtsbegriffe (S. 515 Anm. 1) und der Ausübung des Rechts (Chikane) — als sekundäres wissenschaftliches Klassifikationsprincip, insbesondere im Obligationenrecht (z. B. für die Endigungsarten der Obligation) u. a. m.

Wer eine falsche Richtung bekämpfen will, soll sich denjenigen ausersehen, der sie zuerst aufgebracht, und an der Stelle, wo er es zuerst gethan hat. Darum habe ich mir Savigny und die Besitzlehre ausgesucht, früher in meiner Schrift über den Grund des Besitzschutzes, gegenwärtig in der vorliegenden.

Irrige Ansichten widerlegt man, falsche Richtungen bekämpft man. Dort genügt es, dem Irrthum einfach die Wahrheit gegenüberzustellen, und nur persönliche Gereiztheit oder Ueberhebung kann gegen den Gegner einen Ton anschlagen, dessen es für die wissenschaftliche Polemik nicht bedarf. Hier reicht dies nicht aus. Wer kämpfen will, muß Waffen zur Hand nehmen, und um so schneidigere, je gefährlicher der Gegner ist, der ihm gegenübersteht. Sein Absehen ist darauf gerichtet, den Gegner zu Boden zu werfen, gelingt es ihm nicht, ihm dies Loos zu bereiten, so trifft es ihn selber — alles, was er ihm zugefügt hat, fällt mit verdoppeltem Gewicht auf ihn zurück.

Diesem Loose habe ich mich ausgesetzt. Ich bin mir bewußt, meinen wissenschaftlichen Namen bei dieser Schrift in einer Weise eingesetzt zu haben, daß, wenn die Vorwürfe und Anklagen, welche ich gegen Savigny erhoben habe, unbegründet sind, mein Name unheilbar Schaden leidet. Schonungslos habe ich gegen ihn Kritik geübt, und wer mir übel will, dem wird es nicht schwer fallen, mich in den Ruf der Pietätlosigkeit zu bringen, und auch die Versicherung, daß ich die Verdienste Savigny's um unsere Wissenschaft im vollsten Maße anerkenne, wird ihn daran nicht hindern. Mag es darum sein! Ich gebe meine Person willig preis, wenn nur die Sache gefördert ist — ein großer Zweck ist ein-

mal ohne Einsatz der eigenen Persönlichkeit nicht zu erreichen. Auch *Puchta* und *Bruns* — um bloß Verstorbener zu gedenken — haben mir Anlaß zur scharfen Polemik geboten, und doch verehre ich auch in ihnen zwei Männer, denen ich nach *Savigny* unter den Romanisten unseres Jahrhunderts die erste Stelle zuweise, und die mir persönlich nahe gestanden haben. Aber alles das hat mich nicht abgehalten, die Person der Sache zu opfern, und lieber will ich Gefahr laufen, in diesem Punkt zu viel gethan, als der Sache etwas vergeben zu haben.

Meine Kritik ist nicht bloß eine schonungslose, sondern zugleich eine sehr eingehende gewesen. Ich bin der Theorie des animus domini auf ihren Irrwegen Schritt für Schritt gefolgt, habe alle ihre Schwächen, Sünden, Verirrungen aufgedeckt, mich in den Irrthum vertieft, als berge er die werthvollsten Wahrheiten in sich. Es ist mir nicht leicht geworden. Ich darf sagen, daß es das widerstrebendste Stück Arbeit gewesen ist, das ich im Lauf meines ganzen literarischen Lebens vollbracht habe, und nur die unüberwindliche Abneigung dagegen trägt die Schuld daran, daß ich mich demselben so lange entzogen habe. Aber der Gedanke, daß dasselbe nicht unbeschafft bleiben dürfe, und meine sonstige Arbeit ohne dieses nur halb gethan sei, hat mir schließlich doch die Feder in die Hand gedrückt, und ich habe keine Mühe und Arbeit gescheut, es zu vollbringen. Wäre es mir bloß darauf angekommen, die Unhaltbarkeit der Theorie vom animus domini darzuthun, es hätte dessen nicht bedurft. Unter dieser Voraussetzung würde die Schrift vielleicht kaum ein Viertel ihres gegenwärtigen Umfangs beansprucht haben, mindestens drei Viertel derselben entfallen auf den Zweck, den ich in erster Linie bei ihr ins Auge

gefaßt habe: die Veranschaulichung des Gegensatzes der beiden Methoden.

Auch bei der positiven Darlegung meiner eigenen Ansicht hat dieser Zweck mich bestimmt, über das unmittelbar durch sie Gebotene weit hinauszugehen und jede Gelegenheit, welche sich mir darbot, zu benutzen, um die Richtigkeit und Fruchtbarkeit der realistischen Methode in helles Licht zu setzen. Darum habe ich nicht Anstand genommen, Gesichtspunkten, die ich nur gelegentlich in Bezug zu nehmen hatte, eine eingehende Behandlung zukommen zu lassen, sie sollten mir dazu dienen, die Methode daran zu veranschaulichen und zu erproben. Ebenso habe ich zu demselben Zweck nicht selten Bemerkungen eingestreut, die ich sonst unterdrückt haben würde.

Alles dies war ich genöthigt zu sagen, um den Leser von vornherein auf den richtigen Standpunkt der Beurtheilung des Werkes zu versetzen. Die ganze Oekonomie desselben wäre verfehlt zu nennen und der große Umfang, den es gewonnen, gar nicht zu verantworten, wenn es bloß die Bearbeitung der Lehre vom animus domini gegolten hätte. Unter dieser Voraussetzung würde ich, wie bereits bemerkt, das Buch nie geschrieben haben, und hätte ich es dennoch gethan, so würde es eine gänzlich andere Gestalt angenommen haben. Der einzige Zweck, welcher mich leitete, war, der juristischen Welt die Augen darüber zu öffnen, wie es mit dem Gegensatz der beiden Methoden beschaffen ist. Habe ich das nicht erreicht, so bedauere ich es geschrieben zu haben.

Die Schrift befindet sich schon seit December 1887 im Druck, sie ist stückweise ausgearbeitet und dem Druck übergeben worden. Dadurch ist es gekommen, daß verschiedene inzwischen

erschienene Schriften und auch der Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs theils gar nicht, theils erst an späterer Stelle berücksichtigt worden sind. Ich hebe unter ihnen den zweiten Band von Graf Leo Piniński, Der Thatbestand des Besitzerwerbes, hervor, der mir noch zeitig genug zukam, um ihn S. 512 Note 1 zu berücksichtigen. In der Vorrede bemerkt der Verfasser, daß „vereinzelt so gut wie alles von ihm Gesagte als ganz werthlos erklärt sei". Ich nehme davon den Anlaß, um dem Verfasser meinerseits die Anerkennung zu Theil werden zu lassen, auf welche die höchst solide Art seiner Forschung und sein selbständiges Denken ihm den gerechtesten Anspruch verleiht. Die Schrift reiht sich meines Erachtens würdig den werthvollen Gaben an, welche die deutsche Rechtswissenschaft seit dem Aufschwunge, den sie vor einigen Decennien in Oesterreich genommen hat, von dorther zu erhalten gewohnt ist — in meinen Augen einer der erfreulichsten Fortschritte, den sie in unserm Jahrhundert zu verzeichnen hat.

Ich kann dies Vorwort nicht schließen, ohne mit aufrichtigem Dank der Vergünstigung zu gedenken, welche mir, wie in Bezug auf meine schriftstellerische Thätigkeit überhaupt, so insbesondere für diese Schrift dadurch zu Theil geworden ist, daß die mir vorgesetzte höchste Unterrichtsbehörde es mir verstattet hat, meine hiesige Lehrthätigkeit auf ein Maß herabzusetzen, das es mir ermöglicht, meine Kraft in erster Linie der literarischen Production zuzuwenden. Ohne diese Vergünstigung würde sich dieselbe innerhalb ungleich engerer Gränzen haben bewegen müssen. In diesem Sinn darf ich sagen, daß die gegenwärtige Schrift vorzugsweise auf Rechnung des hervorragenden Mannes kommt, den die preußischen Unterrichtsanstalten das Glück haben an ihrer Spitze zu sehen, und so mag ihr

Erscheinen mir den Anlaß bieten, einem Herzensdrange zu folgen, den ich schon lange empfinde, indem ich ihm für die mir in meiner hiesigen Stellung gewährte wissenschaftliche Muße öffentlich meinen tiefgefühlten Dank ausspreche.

Göttingen, den 20. Februar 1889.

Rudolf von Ihering.

I.

Sprachliche Vorbemerkungen.

Unsere heutige Terminologie leidet ebenso wie die der römischen Juristen an einer gewissen Unvollkommenheit, die mir bei den folgenden Untersuchungen recht fühlbar geworden ist.

Einmal an der Unbestimmtheit, die mit dem Doppelsinn des Ausdrucks Besitz (besitzen, Besitzer) verbunden ist, der ebenso wie der entsprechende lateinische Ausdruck possessio gleichmäßig von dem natürlichen, wie dem juristischen Besitz gebraucht wird, und der daher, wenn er in dem einen oder andern Sinne gebraucht werden soll, den angegebenen Zusatz verlangt. Ich werde mich im Folgenden dieses Zusatzes überheben, indem ich jedes der beiden Verhältnisse der Kürze wegen mit einem einzigen Wort bezeichne, die erste Art des Besitzes mit Detention, die zweite mit Besitz schlechthin; unter Besitz, Besitzer ist also fortan stets der juristische zu verstehen. Als gemeinsamen Ausdruck zur Bezeichnung des Detentors und Besitzers verwende ich den Ausdruck Inhaber, wie dies auch das

preußische Landrecht thut. Nur in Bezug auf ihr Verhältniß zur Sache, das dem entsprechend mit Inhabungsverhältniß bezeichnet werden müßte, behalte ich den hergebrachten Ausdruck Besitzverhältniß bei, der keinem Mißverständniß ausgesetzt sein kann, da ich ja Besitz und Detention mit besonderen Ausdrücken bezeichnen werde. In demselben generellen Sinn werde ich mich des Ausdrucks Besitzwille bedienen; wo derselbe ausschließlich für den Besitzer gebraucht werden soll, werde ich ihn im Sinne der herrschenden Besitztheorie als *richtigen* Besitzwillen (animus domini) bezeichnen.

Unsere juristische Terminologie in der Besitzeslehre leidet aber noch an einer anderen Unvollkommenheit, welche in der mangelnden sprachlichen Wiedergabe der Gegensätze innerhalb des Detentionsverhältnisses besteht, und für die ich mir durch Bildung eigener Ausdrücke Abhülfe zu verschaffen genöthigt gewesen bin.

Der *erste* Gegensatz ist der des *absoluten* und *relativen* Detentionsverhältnisses, wie ich ihn benennen will. Bei der detentio alieno nomine verbindet sich mit dem Detentionsverhältniß in der Person des Detentors der Besitz in der Person desjenigen, für den er besitzt, der Ausdruck Detention verneint hier nicht das Dasein des Besitzes schlechthin (absolut), sondern lediglich in der Person des Detentors (relativ). Das Detentionsverhältniß kann aber auch die Gestalt annehmen, daß *schlechthin* kein Besitz vorliegt. Dies ist nach römischem Recht der Fall im Besitzverhältniß bei res extra commercium. Das erstere Verhältniß bezeichne ich als *relatives*, das zweite als *absolutes* Detentionsverhältniß.

Der *zweite* Gegensatz ist folgender. Der Mandatar, der den Auftrag erhalten hat, eine Sache für den Mandanten in Besitz zu nehmen, der Depositar, der sie für ihn aufbewahren soll, verhalten sich anders zu der Sache, als der

Pächter, Miether, Commodatar, jene wollen die Sache lediglich im Interesse des Besitzers inne haben, diese in ihrem eigenen. Das erste Verhältniß bezeichne ich als *procuratorisches*, das letztere als *selbstnütziges* Detentionsverhältniß. Das Interesse dieser Unterscheidung wird bei der Kritik des animus rem sibi habendi klar werden; sie ist übrigens bereits vom preußischen Landrecht (I, 7 § 2, 6) gemacht, das dafür die Ausdrücke: *bloßer Inhaber* und *unvollständiger Besitzer*[1]) verwendet.

Der *dritte* Punkt, an dem sich mir die hergebrachte Terminologie als unzureichend erwiesen hat, bezieht sich auf den Gegensatz des Detentors zu demjenigen, auf dessen Namen er besitzt. Statt der letzteren weitläufigen Umschreibung ist ein einziges Wort wünschenswerth, und ich habe, da die Ausdrücke „Autor", „Principal" mir ungeeignet erschienen, und „Besitzer" nur die absolute, nicht die relative Stellung des Besitzers zum Detentor wiedergeben würde, dafür den Ausdruck *Besitzherr* gewählt.

Mein sprachliches Schema für den Besitz ist also kurz zusammengestellt folgendes:

Besitzverhältniß.

I. *Besitz*,

II. *Detention*;

1. *absolute*,

---

1) Ich lasse die beiden Paragraphen abdrucken. „Auch der ist ein *bloßer Inhaber*, der eine Sache nur in der Absicht, darüber *für einen Andern* oder *in dessen Namen* zu verfügen, in seinem Gewahrsam hat" (§ 2). „Wer eine Sache oder ein Recht zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber *für sich selbst* zu verfügen, in sein Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein *unvollständiger Besitzer*" (§ 7).

2. relative (der Besitzherr);
a. prokuratorische,
b. selbstnützige.

Bei meiner Untersuchung über die Gründe, welche die Römer veranlaßt haben, bei der vorübergehenden Ueberlassung einer Sache an Andere bald Besitz, bald Detention anzunehmen (XV: „Teleologie der abgeleiteten Besitzverhältnisse"), sehe ich mich genöthigt, beide Verhältnisse unter einem gemeinsamen Namen zusammenzufassen, und ich finde keinen anderen passenderen, als den Ausdruck: abgeleitet, dessen Savigny sich bereits für die Fälle des sog. abgeleiteten Besitzes bedient hat. Ich respectire den sprachlichen Besitzstand, in dem Savigny sich hier befindet, indem ich den Ausdruck in dem Sinne, in dem er ihn gebraucht, für den Besitz unangetastet lasse. Wenn ich mich desselben auch für das Besitzverhältniß bediene, so kann daraus nach der obigen Bemerkung über den generellen Sinn dieses Ausdrucks kein Mißverständniß entstehen.

Das abgeleitete Besitzverhältniß in diesem Sinne charakterisirt sich vom Standpunkt der Savigny'schen Besitztheorie negativ dadurch, daß es bei ihm in der Person des Inhabers am animus domini fehlt, positiv dadurch, daß der Besitzer, der demselben die Sache überläßt, sich damit seines Rechtes an der Sache nicht begibt, ihm gegenüber die Stellung des Eigenthümers beibehält, kurz durch den Charakterzug eines besitzrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses.

Mit dem Ausdruck: abgeleitetes Besitzverhältniß habe ich das Gebiet genannt, auf dem sich die folgenden Untersuchungen bewegen werden. Sie haben zum Zweck, die Gründe zu ermitteln, welche die Römer bestimmt haben, dem besitzrechtlichen Abhängigkeitsverhältniß des Inhabers zum Concedenten diejenige Gestalt zu geben, die es auf dem Ge-

biete des Besitzes an sich trägt, und ich würde denselben die Ueberschrift: Theorie des abgeleiteten Besitzverhältnisses gegeben haben, wenn ich es nicht für geboten erachtet hätte, die negative Tendenz der Schrift, welche in der Bekämpfung der herrschenden Lehre über den animus domini oder rem sibi habendi besteht, schon in dem Titel derselben hervortreten zu lassen.

II.

Die Aufgabe.

Die Aufgabe, welche die folgenden Untersuchungen sich gestellt haben, hat zum Gegenstand die Frage: wornach bestimmt es sich, ob bei Vorhandensein des äußeren Thatbestandes des Besitzverhältnisses (sog. corpus) Besitz oder Detention entsteht? Die Antwort, welche Savigny und mit ihm die herrschende Lehre darauf ertheilt, lautet: nach der Verschiedenheit des Willens des Inhabers. Ist derselbe darauf gerichtet, die Sache für sich (animus rem sibi habendi) oder nach Art des Eigenthümers (animus domini) zu besitzen, so entsteht Besitz; ist derselbe darauf gerichtet, sie für einen Anderen zu besitzen, Detention. Mit diesem Willen, die Sache für einen Andern zu besitzen, verträgt sich der, sie für sich zu haben; beides muß genau unterschieden werden. Pächter, Miether, Commodatar sollen die Sache vorübergehend für sich haben, sie dürfen sie benutzen, aber von diesem uti und dem damit verbundenen habere, tenere der Sache ist zu unterscheiden das possidere, das dem Besitzherrn

verbleiben kann und soll. Auf dies possidere ist ihr Wille nicht gerichtet, und das Recht zieht nur die Consequenz ihres eigenen Willens, indem es ihnen dasselbe abspricht. Diese Gestalt der Sache ist so wenig positiv römischrechtlicher Art, daß sie sich für das juristische Denken aus der mit dem Begriff des Willens selber gesetzten Möglichkeit der doppelten Richtung (auf sich oder auf einen Andern) von selbst ergibt, und hätte nicht die römische Jurisprudenz den Gegensatz gefunden und praktisch verwerthet, so würde es die heutige haben thun müssen. So verkehrt es sein würde, wenn der Gesetzgeber im Widerspruch mit dem Willen des Stellvertreters ihm das Recht zusprechen wollte, das er nicht für sich, sondern für den Prinzipal erwerben will, ebenso verkehrt, wenn er im Widerspruch mit dem Willen des Detentors ihm den Besitz zuerkennen wollte. Nur in einigen wenigen Fällen hat das römische Recht trotz des mangelnden richtigen Besitzwillens Besitz eintreten lassen, es sind diejenigen, welche Savigny unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zusammenfaßt. Hier fehlt es dem Inhaber in der That an dem erforderlichen Besitzwillen, sein Wille ist, wie in den anderen Fällen lediglich darauf gerichtet, die Sache zu haben, nicht, sie zu besitzen, d. i. sich als Eigenthümer aufzuspielen, denn er erkennt denjenigen, von dem er sie erhalten, als Eigenthümer an, ganz so wie in den übrigen Fällen. Wenn das römische Recht ihm gleichwohl den Besitz zuspricht, so haben wir darin eine Singularität, eine Anomalie zu erblicken, bei der irgend welche praktische Erwägungen sich der Consequenz des Besitzwillens in den Weg gestellt haben, oder, wo, wie die Römer sagen würden, die ratio juris utilitatis causa hintenangesetzt worden ist.

Damit habe ich die herrschende Theorie, die ich im Folgenden mit dem Ausdruck Subjectivitäts- oder Willens-

theorie bezeichnen werde, in ihren Grundzügen wiedergegeben. Ich halte dieselbe für gänzlich verfehlt und stelle ihr unter dem Namen der Objektivitätstheorie meine Ansicht von der Sache kurz zusammengefaßt gegenüber.

Wenn die beiden Voraussetzungen, die zur Annahme des Besitzverhältnisses überhaupt erforderlich sind: corpus und animus vorliegen, so entsteht stets Besitz, soweit nicht eine gesetzliche Bestimmung nachweisbar ist, welche mit demselben ausnahmsweise lediglich Detention verbindet.

Wer das Dasein eines solchen den Besitz ausschließenden Grundes behauptet, hat den Beweis zu führen, zum Beweise des Besitzes reicht der bloße Nachweis des äußeren Besitzverhältnisses (s. g. corpus) aus, das als solches den animus in sich schließt, Sache des Gegners ist es, einen Grund darzuthun, der im vorliegenden Fall den Besitz ausschließt, im absoluten Detentionsverhältniß Besitzunfähigkeit der Sache, im relativen eine der bekannten causae detentionis des römischen Rechts. Für die Frage, ob Besitz oder Detention anzunehmen, ist die besondere Qualification des Besitzwillens ohne alle und jede Bedeutung, weder hat der Kläger nöthig, das Dasein des richtigen Besitzwillens zu behaupten, noch kann der Gegner das Nichtdasein desselben in Bezug nehmen. Der Besitzwille im Sinn der herrschenden Theorie kommt in der praktischen Anwendung des Rechts niemals zum Vorschein. Ich erkenne mich mit meiner ganzen Theorie als geschlagen, wenn mir von Seiten der Gegner auch nur ein einziger Fall nachgewiesen wird, in dem ihre Theorie bei irgend einem Gerichtshof praktisch jemals zur Anwendung gebracht worden ist. Von dem Besitzwillen, der in der Theorie eine so große Rolle spielt, gilt dasselbe, was Justinian in l. un. Cod. de nudo jure Quir (VII. 25) von dem dominium ex jure Quiritium zu seiner Zeit sagte: est nomen quod nec

unquam videtur nec in rebus apparet. Welchen Werth derselbe auch im Uebrigen beanspruchen möge, was seiner Zeit untersucht werden soll, für die Rechtsanwendung ist er ohne alle und jede Bedeutung, und ich schrecke vor der Behauptung nicht zurück: es kann ein Richter die römische Besitzeslehre in vollkommen richtiger Weise zur Anwendung bringen, der von der obigen Theorie auch nicht ein Sterbenswörtchen gehört hat. In Wirklichkeit wendet der Richter stets die von mir aufgestellte Theorie an, er nimmt überall Besitz an, wo die Detention nicht vom Gegner, der sie behauptet, dargethan wird, und er thut damit nichts anderes, als was der römische Richter that, der nach Paulus den Beweis des Besitzes als erbracht anzusehen hatte, wenn der Kläger die äußere Thatsache des Besitzes dargethan hatte [1]).

Ich will sofort hier betonen, daß es zu dem Zweck nicht der Annahme einer Präsumtion für den Besitz bedarf — ein processualischer Nothbehelf, um Unebenheiten des materiellen Rechts auszugleichen —, sondern daß die Gestalt, welche der Gegensatz von Besitz und Detention im römischen Recht an sich trägt, diese Behandlungsweise schon vom materiell-rechtlichen Standpunkt mit sich bringt. Die Darlegung dieser wirklichen Gestalt der Sache im römischen Recht wird die Besitztheorie mit dem Recht, wie es im Leben thatsächlich stets gehandhabt ist und wird, in Einklang bringen.

Dieser Uebereinstimmung meiner Theorie mit der Praxis bin ich mir erst hinterher, nachdem ich auf rein theoretischem

1) Paul. S. R. V. 11 § 2. Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam. Was die von Rudorff (Zusätze zu Savigny's Besitz. Aufl. 7. S. 690), hervorgehobene Beziehung zur lex Cincia verschlagen soll, ist mir unerfindlich.

Wege zu ihr gelangt war, bewußt geworden, sie ist nicht aus praktischen Anregungen hervorgegangen.

Ich bin nicht mit dem Vorurtheil an die Quellen herangetreten, das meiner Ansicht nach praktisch Richtige finden zu müssen, sondern erst, nachdem ich auf dem Wege einer gänzlich unbefangenen Lektüre der Quellen es gefunden, habe ich mich überzeugt, daß es das praktisch Richtige war. Den ersten Anstoß zur Bildung meiner Theorie haben mir Quellenzeugnisse gegeben, die ich mit der herrschenden Lehre über den Besitzwillen nicht zu vereinigen vermochte, und zu denen, nachdem der Glaube an ihre Richtigkeit einmal in mir erschüttert und mein Auge zur Wahrnehmung so vieler anderer Bedenken, welche ihr entgegenstanden, geöffnet war, nach und nach alle die Gründe sich hinzugesellten, mit denen ich sie in dieser Schrift zu bekämpfen gedenke. Schwieriger ist es mir geworden, meine eigene Theorie positiv auszubilden, und ich habe ihr Jahre lang eine Gestalt gegeben, die ich, wenn sie auch der Wahrheit ziemlich nahe kam, schließlich doch als nicht völlig zutreffend erkannte. Ihr zufolge sollte die causa des Besitzverhältnisses den Ausschlag geben, und dementsprechend pflegte ich sie in meinen Vorlesungen als Causaltheorie zu bezeichnen. In konsequenter Anwendung dieses Gesichtspunktes war ich, um den Kläger im Besitzprozeß von dem Beweise seiner causa possessionis zu befreien, genöthigt, eine processualische Präsumtion für den Besitz zu Hülfe zu nehmen. Die Veränderung, welche ich mit meiner Theorie vorgenommen habe, und die ich kurz als Vertauschung der der causa possessionis bis dahin zugeschriebenen positiven Function mit der negativen (Ausschluß des sonst stets eintretenden Besitzes durch eine causa detentionis) bezeichnen kann, hat mich dieses Nothbehelfs überhoben.

Der Boden, auf dem der Streit der beiden Theorien

zum Austrag kommen muß, ist der des positiven römischen Rechts. Aber nicht bloß die Dogmatik, sondern auch die Geschichte desselben; es wird sich zeigen, welche wichtigen Dienste sie uns zu erweisen im Stande ist. Unterstützend aber kommen außerdem noch andere Gesichtspunkte hinzu, negativ zum Zwecke der Kritik der Subjectivitätstheorie der formallogische, positiv für beide der prozessualische und legislative.

Hätte die herrschende Lehre den prozessualischen Gesichtspunkt auf die von ihr aufgestellte Theorie zur Anwendung gebracht, ich bin überzeugt, daß sie schon längst an ihrer Richtigkeit irre geworden wäre. Aber dessen hat sie sich gänzlich entschlagen. Der begriffliche Gegensatz innerhalb des Besitzwillens, den sie dem Richter an die Hand gibt, um darnach die Frage, ob er Besitz oder Detention anzunehmen habe, zu entscheiden, spottet jeder Anwendung. Angenommen, daß die begriffliche Bestimmung dieses Gegensatzes ebenso klar wäre, wie sie völlig unklar ist, so würde doch der Richter, wie demnächst gezeigt werden soll, mit demselben nichts ausrichten können, da ihm jede Anleitung, woran er ihn im einzelnen Fall erkennen soll, vorenthalten wird. Die Anleitung, die meine Theorie ihm giebt, ist die einfachste von der Welt. Sie ruft ihm zu: nimm überall Besitz an, wo der äußere Thatbestand desselben vorliegt, soweit nicht von der andern Seite in der Person des angeblichen Besitzers ein Verhältniß dargethan wird, mit dem das römische Recht lediglich Detention verbunden hat: eine der causae detentionis alieno nomine, die du in jedem Lehrbuch der Pandekten aufgezählt findest.

Ganz dasselbe, können die Vertreter der herrschenden Theorie mir einwenden, meinen auch wir, wir verstellen die Entscheidung über Besitz und Detention nicht auf den concreten oder individuellen animus dieser bestimmten Partei, wie sie ihn wirklich hat, sondern auf den ab-

stracten oder typischen animus, wie sie ihn haben muß. Ob dieser bestimmte Pächter den animus detinendi hat, ist auch nach unserer Theorie vollkommen gleichgültig, der abstracte, der typische Pächter hat ihn.

So können die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie sagen, und ich halte es für möglich, daß ihnen diese Gestalt der Sache vorgeschwebt hat. Aber eine andere Frage ist: haben sie es gesagt? und diese Frage ist zu verneinen. Alle ohne Ausnahme bezeichnen den richtigen Besitzwillen als Erforderniß des Besitzes, ein Erforderniß aber muß bewiesen werden, soweit nicht eine Präsumtion denjenigen, der das Dasein desselben behauptet, vom Beweise befreit. Demnach müßte der Besitzer das Dasein wie des corpus, so auch des animus domini im Bestreitungsfall beweisen, die bloße Verkörperung des Besitzwillens im äußeren Verhältniß zur Sache, wie sie auch bei der Detention vorliegt (Nr. III u. IV), würde dazu nicht ausreichen, da der animus domini ja eine Steigerung des gewöhnlichen Besitzwillens enthalten soll. Dieser Consequenz würden die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie nur dadurch ausweichen können, daß sie eine Präsumtion für den richtigen Besitzwillen aufstellten, was keiner von ihnen gethan hat. Angenommen aber, sie hätten es gethan oder wollten es thun, so wäre die Frage vom Beweise des animus domini doch damit nicht aus der Welt geschafft, sie würde nur eine andere Gestalt annehmen, an Stelle des klägerischen Beweises des Daseins würde der gegnerische des Nichtdaseins treten, der Besitzstreit würde sich hier stets um den animus drehen. Ein Rückgriff auf die causa wäre selbstverständlich ausgeschlossen, weil dann ja sie, nicht der animus den Ausschlag geben würde — ein Erforderniß aber, auf das es im einzelnen Fall nicht ankommt,

dem man durch Nachweis einer andern Thatsache ausweichen kann, ist eine contradictio in adjecto.

Diese processualische Consequenz ihrer Ansicht ist von den Vertheidigern der herrschenden Theorie gar nicht beachtet worden; die Beweisfrage in Bezug auf den animus domini wird wie von Savigny, so auch von seinen Nachfolgern gänzlich mit Stillschweigen übergangen, sie haben sich weder darüber ausgesprochen: wer von den beiden Theilen beweisen, noch auch darüber: wie der Beweis geführt werden soll, an welchen Kriterien der Richter das Dasein des animus domini erkennen soll, sie überlassen es einfach dem Richter, wie er mit dem von ihr aufgestellten abstracten Gegensatz im Besitzwillen in concreto fertig wird. Ich werde seiner Zeit nachweisen, daß er es nicht kann — der Gegensatz spottet jeder processualischen Verwerthung.

Ich habe im Bisherigen die processualische Consequenz dargelegt, welche die Subjectivitätstheorie in derjenigen Fassung, die ihr von ihren Anhängern gegeben worden ist, in sich schließt. Vergegenwärtigen wir uns die materiellrechtliche Consequenz derselben.

Gibt der individuelle Wille den Ausschlag, ob Besitz oder Detention entsteht, so ist ihm damit das freie Selbstbestimmungsrecht in Bezug auf das Besitzverhältniß eingeräumt. Entscheidet er sich für den animus domini, so hat er Besitz, wenn nicht, Detention. Da auf den Grund des Besitzverhältnisses, die causa possessionis, prinzipiell nichts ankommen soll, so muß er auch in Verhältnissen, in denen das römische Recht Detention eintreten läßt, wie z. B. bei Pacht, Miethe, Commodat u. s. w., den animus domini, und in Verhältnissen, in denen dasselbe Besitz eintreten läßt, den animus alieno nomine detinendi annehmen können. Ob die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie sich dieser Consequenz voll-

auf bewußt geworden sind, ist mir zweifelhaft, aber jedenfalls haben manche von ihnen sich nicht gescheut, dieselbe in Bezug auf die Beschaffung der Tradition ohne äußern Akt durch bloßes constitutum possessorium anzuerkennen. Der Verkäufer erklärt, daß er fortan auf den Namen des Käufers besitzen wolle, damit soll die Tradition beschafft sein — auf die causa possessionis kommt ja nichts an, der Wille ist souverän. Daß dadurch die ganze Traditionstheorie der römischen Juristen über den Haufen gestürzt wird, daß das Erforderniß der realen Tradition, das die römischen Quellen stets einschärfen, im Leben durch eine derartige Willenserklärung hätte umgangen werden können, hat die Vertheidiger dieser Ansicht nicht beirrt, während gerade dieser flagrante Widerspruch mit dem römischen Recht ihnen über das Verhältniß der causa possessionis zum Willen die Augen hätte öffnen müssen.

Andere [1]) haben sich auch zu der oben hervorgehobenen Consequenz verstanden, daß es ganz in dem Willen der Parteien stehe, mit einem Verhältniß, mit dem das römische Recht Detention verknüpft, sei Besitz zu verbinden. Umgekehrt müßte mithin auch dasselbe möglich sein z. B. die Vereinbarung, daß der Pfandgläubiger an der verpfändeten Sache nur Detention haben solle.

Die äußerste Consequenz, die freilich angesichts der Quellen Niemand gezogen hat und ziehen konnte, würde darin bestehen, daß die Art des Besitzverhältnisses gänzlich der Willensbestimmung des Inhabers überlassen sei, daß er, mithin, da er sich selber durch seinen Willen nicht binden kann, seinen Entschluß beliebig ändern, heute detiniren, morgen besitzen, dann wieder

---

1) S. z. B. Thibaut, System des Pandektenrechts. Aufl. 8. B. I. § 208 und die dort Note h Citirten.

detiniren könne, und so weiter fort, — das Besitzverhältniß ein reiner Spielball der Laune der Parteien, an Stelle der objectiven Rechtsregel der individuelle Wille der Partei, an Stelle der Rechtssicherheit die Rechtsunsicherheit, an Stelle der Ordnung die Anarchie!

So schließt auch die materiell-rechtliche Prüfung der herrschenden Lehre mit demselben Ergebniß ab wie die proceß-rechtliche: vollendete praktische Unausführbarkeit. Wie man gleichwohl zu ihr gelangen konnte, welcher Künste, Anstrengungen, gewaltsamen Mittel und Sprünge es zu dem Zweck bedurfte, und wie sehr man seine Augen gegen alles, was sich ihr in den Weg stellte, verschloß, wird seiner Zeit dargethan werden, hier kam es mir nur darauf an, sie in ihrer wahren Gestalt zu zeichnen, indem ich die Consequenzen, die sie in sich schließt, denen sie selber aber behutsam aus dem Wege gegangen ist, offen darlegte.

Zur Bezeichnung derselben werde ich mich im Folgenden des Ausdrucks: individuelle oder concrete Willenstheorie bedienen, eine Bezeichnungsweise, die nach dem oben (S. 11) Gesagten nicht der Erklärung bedarf. Es ist aber an jener Stelle bereits bemerkt worden, daß außer ihr noch eine andere Art der Verwendung des Besitzwillens für die Besitztheorie erübrigt, die ich dort zunächst nur mit wenigen Worten angedeutet habe. Sie operirt nicht mit dem individuellen oder concreten, sondern mit dem typischen oder abstracten Willen, nicht mit dem Willen, den der Besitzer wirklich hat, sondern den er haben muß; dementsprechend bezeichne ich sie als die typische oder abstracte Willenstheorie. Bewußt erfaßt und klar ausgesprochen ist dieselbe bisher meines Wissens noch von Niemandem, aber es will mir scheinen, als ob dieselbe unbewußt den Vertheidigern der herrschenden Lehre vorgeschwebt habe.

Beide Theorieen haben denselben Ausgangspunkt gemein: bestimmender Einfluß des Besitzwillens für das Besitzverhältniß. Aber nach der abstracten Willenstheorie erschöpft sich dieser Einfluß daran, daß das Recht den Gedanken der inneren Gegensätzlichkeit des Besitzwillens als leitenden Gesichtspunkt verwendet, um darnach in abstracto zu bestimmen, in welchen Verhältnissen Besitz, in welchen Detention einzutreten habe. Anders ist der Wille des Käufers, Diebes u. s. w., anders der des Pächters, Commodatars, jene wollen die Stellung des Eigenthümers einnehmen, diese nicht, und das Gesetz zieht nur die Consequenz ihres eigenen Willens, indem es jenen den Besitz, diesen die Detention zuspricht. Ob die Personen sich dieser Willensrichtung und der daran sich reihenden Consequenz bewußt sind, kommt dabei nicht in Betracht, das Gesetz operirt nicht mit dem individuellen, sondern mit dem abstracten Willen, es hat nicht *diesen* Käufer, Dieb, Pächter u. s. w. im Auge, sondern den *typischen*, und darum übt auch die Abweichung des individuellen Willens vom typischen keinen Einfluß aus, der Pächter ist stets Detentor, auch wenn er Besitzer zu sein glaubt oder sein will.

Es liegt auf der Hand, daß die abstracte Willenstheorie auf halbem Wege stehen bleibt, denn soll einmal die Verschiedenheit der Willensrichtung über die Art des Besitzverhältnisses den Ausschlag geben, warum bloß in abstracto, warum nicht auch in concreto? In Wirklichkeit setzt sie an Stelle des Willens die causa possessionis, und man könnte sie in Hinblick darauf als *Causaltheorie* bezeichnen. Der Wille spielt hier in concreto nicht die mindeste Rolle mehr, der animus domini als *Erforderniß* des Besitzes ist vollständig eliminirt.

Es könnte scheinen, als ob diese Gestaltung der Subjectivitätstheorie im praktischen Resultat mit der Objecti-

vitätstheorie zusammenfiele, und nach der *negativen* Seite, daß nämlich der *individuelle* Besitzwille völlig gleichgültig ist, thut sie es in der That. Nach der *positiven* Seite dagegen gehen beide auseinander, praktisch äußert sich dies an der Verschiedenheit der Gestalt, welche die Beweisfrage bei ihnen annimmt. Nach meiner Theorie ist der Besitz das gegebene Verhältniß, das überall eintritt, soweit nicht der Gegner durch Bezugnahme auf einen Rechtssatz, der ausnahmsweise mit demselben Detention verbindet, das Gegentheil darthut. Ihr zufolge hat also der Besitzer nie nöthig, für den von ihm behaupteten Besitz noch einen Grund namhaft zu machen, wie dies der concreten Willenstheorie zufolge in Bezug auf den animus, der abstracten zufolge in Bezug auf die causa zu geschehen hat. Erhält das an sich unbestimmte Besitzverhältniß erst durch ein für dasselbe in Bezug zu nehmendes Moment, sei es der subjective animus, sei es die objective causa, seine nähere Bestimmtheit, so muß dies Moment im einzelnen Fall dargethan werden, um den Richter zur Annahme des einen oder anderen Verhältnisses zu nöthigen.

Das Erforderniß des Nachweises der causa würde in der Rechtsanwendung die bedenkliche Folge nach sich ziehen, daß der Besitz in vielen Fällen gänzlich schutzlos bleiben müßte, denn wer ist immer in der Lage, die wirkliche causa für seinen Besitz zu beweisen? Angenommen, daß die Besitzesfrage bei beweglichen Sachen heutzutage noch ein praktisches Interesse hätte, was, wie ich unten darthun werde, nicht der Fall ist, so müßte der Richter den Kläger, der die causa seines Besitzes nicht darthun könnte, abweisen, obschon derselbe vielleicht sogar der Eigenthümer wäre.

Um dies trostlose Resultat zu vermeiden, könnte man auf den Gedanken verfallen, eine Präsumtion für den Besitz aufzustellen. Das heißt in meinen Augen aber nichts anders, als

sich aus einer Sackgasse, in die man durch eigene Schuld gerathen, dadurch befreien, daß man über die Dächer oder die Mauern klettert. Eine Sackgasse, in der man sich befindet, beweist, daß man den richtigen Weg verfehlt hat, und die Moral derselben besteht darin, daß man umkehrt und ihn zu entdecken sucht. Meine Theorie hat denselben vorgezeichnet, indem sie dasjenige, was die Willenstheorie, sowohl die abstracte in Bezug auf die causa, als die concrete in Bezug auf den animus, erst auf dem künstlichen und gewaltsamen Wege der Aufstellung einer Präsumtion erreichen müßte, auf natürlichem und geradem Weg durch den Satz vermittelt: das Besitzverhältniß ist stets Besitz, soweit nicht das Gesetz ausnahmsweise Detention eintreten läßt. So wenig in anderen Verhältnissen Jemand, der die Regel für sich hat, den Nachweis zu führen hat, daß keine Ausnahme vorliege, ebenso wenig im Besitzverhältniß. Die processualische Anwendung der römischen Besitzeslehre vollzieht sich einfach nach den Grundsätzen über das Verhältniß von Regel und Ausnahme; wer die Ausnahme behauptet, hat sie darzuthun, wer die Regel für sich hat, braucht nicht nachzuweisen, daß keine Ausnahme vorliegt.

Der im Bisherigen erörterte Gegensatz zwischen der concreten und abstracten Willenstheorie ist, wie bereits bemerkt, den Vertheidigern der Subjectivitätstheorie selber fremd, sie sind sich desselben nicht bewußt geworden, und ich bin dadurch in die seltsame Lage gekommen, eine Theorie, die ich zu widerlegen gedenke, erst über sich selber aufzuklären. Für den Zweck der Widerlegung war dies unerläßlich. Es genügt nicht, einen Gegner bloß aus derjenigen Position zu verdrängen, die er zur Zeit inne hat, wenn ihm noch eine andere übrig bleibt, in die er sich zurückziehen kann, man muß ihm auch den Rückzug in sie abschneiden. Hätte ich dies bei der

vorliegenden Veranlassung nicht gethan, so würde ich, nachdem ich die Subjectivitätstheorie in derjenigen Gestalt, die ihre Anhänger ihr zur Zeit gegeben haben, widerlegt hätte, den Einwand zu fürchten gehabt haben, daß sie in Wirklichkeit etwas anderes gemeint, als gesagt hätten, daß ihre wahre Meinung nicht auf die concrete, sondern auf die abstracte Willenstheorie gerichtet gewesen sei.

Ich habe im Vorstehenden dem Leser die drei Theorien, über welche die folgenden Untersuchungen ihn in Stand setzen sollen ein Urtheil abzugeben, in ihren Hauptzügen gezeichnet. Wenn ich schließlich ihr Verhältniß kurz schematisch veranschaulichen darf, so ist es folgendes:

1. In materiell-rechtlicher Beziehung.

Ueber die Frage, ob im einzelnen Fall Besitz oder Detention entsteht, entscheidet:

a. Der individuelle Wille (concrete Willenstheorie);

b. Die Rechtsregel, und zwar:

1) der gesetzlich aufgestellte und nur in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes verläugnete Grundsatz der Conformität des individuellen mit dem typischen Willen (abstracte Willenstheorie);
2) der Rechtssatz, daß überall Besitz entsteht, soweit das Recht dem im Uebrigen vollständig vorliegenden Thatbestande des Besitzes nicht ausnahmsweise die Wirkung desselben versagt und an Stelle desselben die detentio alieno nomine gesetzt hat (Objectivitätstheorie).

2. In processualischer Beziehung.

a. Der Besitzer hat den Beweis zu führen, und zwar ist derselbe zu richten:

1) auf das Dasein des individuellen animus (concrete Willenstheorie);

2) auf die causa possessionis (abstracte Willenstheorie);

b. der Gegner hat den Beweis der im vorliegenden Fall Platz greifenden causa detentionis zu führen (Objectivitätstheorie).

Im Folgenden bereiten wir unsere Untersuchung über das bestimmende Moment des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention vor durch die Darlegung dessen, was ihnen beiden gemeinsam ist. Das ist negativ der Gegensatz des Besitzverhältnisses zum Verhältniß der bloß räumlichen Nähe der Person zur Sache (fortan kurz als Raumverhältniß bezeichnet — III), positiv der für das Detentionsverhältniß nicht minder als für den Besitz erforderliche Wille (IV).

III.

Abhebung des Besitzverhältnisses vom bloßen Raumverhältniß.

Das bloße Verhältniß der räumlichen Nähe der Person zur Sache ist ohne alle rechtliche Bedeutung, eine rechtliche Bedeutung gewinnt dasselbe erst, wenn die Person eine äußerlich erkennbare Beziehung zur Sache herstellt und damit das bloße Raumverhältniß zu einem Besitzverhältniß erhebt. Die Unterscheidung dieser beiden Verhältnisse kömmt nicht auf Rechnung des Rechts, sondern sie ist von der Sprache gemacht worden, als sie das Wort Besitz (possessio) schuf, womit sie Zeugniß darüber ablegte, daß der Unterschied dem Volke zum Bewußtsein gelangt war. Das Recht hat mit dem Wort auch die damit verknüpfte Vorstellung zu der seinigen gemacht, und, soweit es sich im Uebrigen auch von der natürlich-sinnlichen Gestalt des Verhältnisses, an welche die Volksvorstellung die Annahme des Besitzes knüpft, im Laufe der Entwicklung entfernt hat, worauf wir unten eingehen werden, so hat es doch an jener ursprünglichen Anschauung des Besitzverhältnisses

stets festgehalten. So wenig die Sprache das bloße Verhältniß der räumlichen Nähe der Person als Besitz gelten läßt, ebenso wenig das Recht und die Wissenschaft.

Es ist nicht bloß das Interesse der Uebereinstimmung der Sprache des Rechts mit der des Lebens, was beide davon abgehalten hat — diese Rücksicht haben sie nie beachtet und können sie nicht beachten — sondern das Interesse der Aufstellung und Aufrechterhaltung eines festen Besitzbegriffs, der ohne den Willen gar nicht möglich ist. Ohne Willen kein Besitzverhältniß! Diesen Satz schärft der römische Jurist in l. 1 § 3 de A. P. (41. 2)[1]) ausdrücklich ein. Er behandelt hier die Frage, ob willensunfähige Personen Besitz erwerben können, und verneint dies aus dem Grunde: quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, und zur Erläuterung dieser gänzlichen Einflußlosigkeit des rem corpore suo contingere fügt er den Fall hinzu: si quis dormienti aliquid in manu ponat. Damit ist das Besitzverhältniß vom Raumverhältniß auf's klarste abgehoben; selbst die unmittelbare körperliche Berührung, wenn sie ohne Wissen und Wollen geschieht, begründet keinen Besitz. Das bloße Wissen allein reicht dazu nicht aus. Darum gesteht das römische Recht willensunfähigen Personen keinen Besitz zu, ohne die Frage, ob sich nicht ein Wissen auch bei ihnen annehmen ließe, in Betracht zu ziehen — das Wissen ist noch kein Wollen, es gehört der Wille dazu. Der in Ketten gefesselte Gefangene berührt die Ketten und weiß, daß er gefesselt ist, aber eher könnte man sagen, daß sie ihn, als daß er sie besäße, — das äußere Verhältniß, in dem man sich zur Sache befindet, muß ein gewolltes sein, das Besitzverhältniß ist das Werk, die That des Willens. An dieser von der Sprache

1) Ich werde diesen Pandektentitel fortan mit h. t. bezeichnen.

mit dem Wort: besitzen, possidere[1]) verbundene Vorstellung, welche in der Person des Besitzenden den Willensact des Sichsetzens implicirt, hat auch das Recht unverbrüchlich festgehalten.

Der bisher entwickelte Gegensatz zwischen Besitz- und Raumverhältniß erfreut sich der allgemeinen Anerkennung, wenn er auch in den Darstellungen der Lehre vom Besitz nicht ausdrücklich hervorgehoben, sondern nur mittelbar durch das für den Besitz betonte Erforderniß des Willens ausgedrückt wird. Nur Windscheid macht in dieser Beziehung eine Ausnahme, indem er in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts (B. 1, § 148) es für möglich erklärt, daß der Besitzende „gar keinen Willen in Betreff seines Besitzes hat, indem ihm alles Bewußtsein vom Besitz fehlt", was er dann freilich wiederum durch die Bemerkung einschränkt: „Der Besitz, bei welchem das Bewußtsein des Besitzers und somit aller Wille des Besitzers fehlt, hat rechtliche Folgen nicht; er ist ein dem Recht gleichgültiges Factum". Mit der letzteren Bemerkung bin ich vollständig einverstanden, aber ich bestreite, daß das Verhältniß als Besitz bezeichnet werden darf. Nicht etwa wegen sprachlicher Anstände, sondern aus begrifflichen Gründen. Ein Besitzbegriff, der nicht auf den Willen gestellt ist, erweist sich als gänzlich undurchführbar, er strauchelt im ersten Moment, wo er den Boden des Rechts betritt, und Windscheid selber hat dies anerkannt, indem er jenes Verhältniß für ein dem Recht gänzlich gleichgültiges Factum erklärt, das keine rechtlichen Folgen hat, d. h. also im Sinne des Rechts ist dieser Zustand

---

1) Das deutsche Besitzen drückt die transitive, auf die Sache gerichtete Thätigkeit aus, sitzen läßt sich intransitiv gebrauchen, wie trauern, suchen, zeugen u. s. w., besitzen, betrauern, besuchen, bezeugen u. s. w. nicht, alle diese Compositivbildungen setzen die Angabe des Gegenstandes voraus. Das römische possidere zeichnet das feste, dauernde Sitzen (pot potis potestas).

kein Besitz. Was der Begriff eben aufgenommen, muß er sofort wieder ausscheiden, um für das Recht Wahrheit und Brauchbarkeit zu erlangen, d. h. dasjenige zu werden, was er von vornherein hätte sein sollen: ein *Rechtsbegriff*. Im Sinne von Windscheid hätte auch der römische Jurist beim Schlafenden und Wahnsinnigen Besitz annehmen sollen, aber er hat es nicht gethan, weil es hier am Willen fehlt.

Sehen wir zu, wie der Wille aus dem bloßen Raumverhältniß das Besitzverhältniß gestaltet.

Das Motiv, welches ihn in Bewegung versetzt, sollicitirt, wie Schopenhauer sagen würde, ist das *Interesse*. Wie wir mit Personen, die für uns kein Interesse haben, nicht in Berührung treten, die Anknüpfung einer Beziehung mit ihnen mithin den thatsächlichen Ausdruck des Interesses enthält, das sie für uns bieten, ganz eben so verhält es sich mit den Sachen. Die äußere Beziehung, in die wir zu ihnen treten, indem wir sie *an uns nehmen*, enthält den thatsächlichen Ausdruck des Interesses, das wir *an ihnen nehmen* — *das Besitzverhältniß ist Constatirung des Interesses der Person an der Sache*. Sachen, die wir nehmen könnten und dürften und doch nicht nehmen, haben kein Interesse für uns. Ob das Interesse ein dauerndes oder vorübergehendes ist, ist für diese Beziehung zur Sache ganz ebenso gleichgültig, wie für die zur Person. Den Personen, die für uns kein Interesse haben, gehen wir aus dem Wege, Sachen, die für uns kein Interesse haben, lassen wir liegen.

Das Interesse ist also der Ausgangspunkt des Besitzes, das Motiv, welches die Person veranlaßt, aus dem Zustande der Indifferenz, wie es das bloße Verhältniß im Raum begründet, herauszutreten und sich zur Sache in Beziehung zu setzen. Das Interesse hat zum Zweck die Befriedigung irgend eines Bedürfnisses, sei dasselbe auch noch so unbedeutender oder vorüber=

gehender Art. Auch wenn ich eine Sache bloß in die Hand nehme, um sie anzusehen, ist es das Interesse, welches mich bestimmt, zu ihr in Beziehung zu treten — nicht anders, als wenn ich eine Person aus Neugierde nach ihrem Namen frage, — ohne Interesse wird durch die Person weder zu Sachen noch zu Personen eine Beziehung hergestellt. Bei Personen kann es auch von der anderen Seite geschehen, die Beziehung kann uns *aufgedrängt* werden, bei Sachen nicht, bei ihnen geht die Beziehung *stets* von der Person aus, sie muß dieselbe wünschen, wollen, und dieser Wunsch und Wille muß vorausgehen, damit sie thatsächlich hergestellt werde.

Sollicitirung des Begehrungsvermögens durch die Sache d. i. das *Interesse*, — Richtung des *Willens* auf sie — *Verwirklichung* desselben mittelst Herstellung der entsprechenden *äußeren Beziehung* zu ihr sind also die drei Momente, von denen jedes Besitzverhältniß Zeugniß ablegt. Auf dem ersten Moment beruht es, daß das Recht dem Verhältnisse seinen Schutz zu Theil werden läßt. Böte der Besitz kein Interesse dar, so würde es ihn nie geschützt haben, denn das Interesse in dem von mir an einer anderen Stelle [1]) ent-

---

1) Geist des R. R. B. 4 § 60. Eine eingehende Untersuchung werde ich diesem Begriffe im dritten Bande meines Zweckes im Recht widmen, ich theile hier kurz die Definition mit, die ich dort rechtfertigen werde: Interesse ist das Gefühl *der Bedingtheit unseres Daseins* durch etwas außer uns: Personen, Sachen, Zustände, Ereignisse. Wer sich für etwas interessirt, erkennt damit an, daß sein Dasein, Wohlsein (sinnliches, geistiges, moralisches) dadurch bedingt ist, es ist ein erweitertes Stück von ihm selber, ein *Theil* von ihm (daher „*Antheil*nehmen, *Theil*nehmen", lateinisch inter-esse; interest mea heißt: ein Stück von mir steckt im Fremden, es steht darin für mich auf dem Spiel). In unseren Interessen malen wir uns selber, sie beweisen, wie weit unser Ich in der Welt sich erstreckt, bei dem Einen enden sie mit seinem Hause und seiner Familie, bei dem Andereu umfassen sie die ganze Menschheit, bei jenem, weil er sein Leben nur durch sein Haus und seine Familie bedingt fühlt, bei diesem,

wickelten weitesten Sinn, in dem es alles, was dem Menschen am Herzen liegt: das Gemeinste wie das Höchste umfaßt, ist, wie die bewegende Kraft alles menschlichen Thuns, so auch der Leitstern des Rechts, — *dasselbe schützt kein Verhältniß, das nicht in seinen Augen ein Interesse hat.* Das Interesse des Besitzes liegt in der durch denselben gewährten *factischen* Ermöglichung der Verwendung der Sache für das menschliche Bedürfniß. Der Besitz ist nicht *Selbstzweck*, sondern lediglich *Mittel* zum Zweck, er bildet die *thatsächliche* Voraussetzung, um die drei Verwendungsarten der Sache, welche ihre Verwendbarkeit für das menschliche Bedürfniß erschöpfen, und welche daher den gesammten substantiellen Gehalt des Eigenthums in sich schließen: das uti, frui, consumere in den beiden Formen [1]), in denen es vorgenommen werden kann, zu ermöglichen. Der Besitz ist nie Selbstzweck, er hat als solcher gar keinen ökonomischen Werth, er gewinnt ihn nur dadurch, daß er etwas Anderes, ökonomisch Werthvolles ermöglicht. Wo der Schein des Gegentheils vorliegt, ist dies bloßer Schein, so z. B. in Bezug auf das Gemälde, das an der Wand hängt. Dasselbe erfüllt seine Bestimmung für mich nicht dadurch, daß

---

weil er die Bestimmung desselben nicht in sein eigenes dürftiges Ich setzt, sondern darein, es im Dienste der Menschheit zu verwerthen. Das Gefühl der Lebensbedingtheit (Interesse im *subjectiven* Sinn) ist bei beiden dasselbe — Niemand kann sich für etwas interessiren, durch das er sich nicht bedingt fühlt — in seinem Wohlsein, Behagen, seinem Seelenfrieden, Glück — nur die *Dinge*, durch die es bedingt ist (Interesse im *objectiven* Sinn) sind verschieden.

1) Der *thatsächlichen* oder *realen*: der Vornahme des uti, frui, consumere in eigener Person, und der *rechtlichen* oder *idealen* durch vertragsmäßige Ueberlassung desselben an andere Personen, s. darüber meinen Geist des R. R. III, 1. Aufl. 4 S. 347. Auch für die letztere Form behauptet der Besitz seine Function als Mittel zum Zweck.

es an der Wand hängt, daß ich es bloß besitze, sondern daß ich es sehe, darin aber besteht eben das uti bei Gemälden. Wäre es mir verschlossen in einer Kiste von einem Andern zur Aufbewahrung übergeben worden, so wäre dies Besitzverhältniß für mich ohne alles Interesse, aber es ist ja eben auch nicht mein Interesse, dem dasselbe dienen soll, sondern das des Gebers. Gerade darin besteht das unterscheidende Merkmal des procuratorischen von dem selbstnützigen Detentionsverhältniß (I), in letzterem z. B. beim Pächter, Commodatar dient das Besitzverhältniß dem Interesse des Detentors, es bildet die nothwendige Voraussetzung zur thatsächlichen Vornahme des ihm zugestandenen uti. Sache des Rechts ist es, die Voraussetzungen, unter denen es dem Interesse den Rechtsschutz zugestehen will, festzustellen, und die Erwägungen, durch welche es sich in dieser Beziehung hat leiten lassen und leiten lassen müssen, haben es bewirkt, daß der Rechtsschutz des Besitzes hinter dem bloß thatsächlichen Dasein des Besitzverhältnisses zurückgeblieben ist — durch den Rechtsschutz nimmt das factische Interesse beim Besitz die Gestalt des rechtlichen an.

Die gegebene Form, in der die Person ihren auf die Sache gerichteten Willen kund giebt, besteht darin, daß sie sie nimmt, d. h. die Sache in eine äußerlich erkennbare ausschließliche Beziehung zu sich setzt. Positiv charakterisirt sich das dadurch begründete Verhältniß durch die factisch gesicherte Möglichkeit der eigenen Einwirkung auf die Sache, negativ durch die Ausschließung Anderer von derselben. Es ist die naturalis possessio der Römer in diesem das Dasein des nach natürlicher Anschauung (naturaliter) erforderlichen äußeren Thatbestandes betonenden Sinn; da derselbe ohne Thätigkeit der Person nicht entstehen kann, so schließt er das Vorhandensein des Willens von selber in sich. Nach dem

Zeugniß der Etymologie hat die Sprache die Anschauung vom Besitzverhältniß zuerst gewonnen bei der *unbeweglichen Sache*, „besitzen, Besitz, possidere, possessio, in possessione esse“ paßt nur für unbewegliche Sachen, es vergegenwärtigt uns den Zustand des *Sitzens* auf der Sache. Von der unbeweglichen Sache sind diese Ausdrücke erst später auf die bewegliche Sache übertragen worden, nachdem man zu der Erkenntniß gelangt war, daß das Verhältniß bei beweglichen Sachen ganz dasselbe sei, wie bei unbeweglichen Sachen (VIII).

Von der ursprünglichen sinnlichen Auffassung des Besitzverhältnisses hat sich das römische Recht im Laufe der Entwicklung bekanntlich sehr weit entfernt, und zwar nicht bloß in Bezug auf die *Fortdauer* des einmal begründeten Besitzverhältnisses, sondern selbst in Bezug auf die *Begründung* desselben. Allerdings nicht, insofern es sich um die *einseitige* Aneignung des Besitzes handelt, — dafür verlangt auch das spätere Recht das *reale* Nehmen — wohl aber bei der *vertragsmäßigen Uebertragung* (Tradition). Hier hat das spätere Recht die reale Bethätigung des Willens (corpore acquirere possessionem) durch die bloße rechtliche Kundgebung desselben in Gegenwart der Sache: die Willens*erklärung* ersetzt, es ist, um mich des Ausdrucks des römischen Juristen in l. 1 § 21 h. t. zu bedienen, an die Stelle des „corpore et tactu apprehendere possessionem“ das „oculis et affectu“ getreten — das *Wort* hat die *Hand* abgelöst. Die Römer bedienen sich für diese Gestaltung des Verhältnisses des Ausdrucks: *animo* possidere oder *civilis* possessio im Gegensatz zu der sinnlichen: *corpore* possidere, *corporalis*, *naturalis* possessio. Es ist die spiritualistische oder idealistische Auffassung im Recht, die hier wie überall sich erst mühsam und allmählich von den

Banden der materialistischen oder sinnlichen frei gemacht hat [1]).

Bei der einseitigen Aneignung des Besitzes hat dagegen auch das spätere römische Recht streng an der materialistischen Erfassung des Besitzverhältnisses festgehalten. Ein lehrreiches Beispiel dafür gewährt die Aneignung des Besitzes von Sachen, die ohne unser Zuthun in unsere Herrschaftssphäre hineingerathen sind. Ein Bienenschwarm macht Waben in unserem Baum, fremde Sachen fallen auf unser Grundstück hinüber, wir erfahren, daß ein Schatz in demselben vergraben ist. In allen drei Fällen liegt das äußere Moment des Besitzverhältnisses vor, wir brauchen nur den Arm auszustrecken, um die Sache in die Hände zu bekommen. Aeußerlich unterscheidet sich das Verhältniß in nichts von dem anderer von uns besessenen Sachen, und wenn auch, so lange wir nichts davon wissen und unsern Entschluß, sie besitzen zu wollen, noch nicht erklärt haben, nichts als ein bloßes Raumverhältniß zur Sache vorliegt, so hätte man hier doch, möchte man meinen, der bloßen Erklärung des Willens dieselbe Wirkung zugestehen sollen, wie im obigen Fall bei der Tradition. Allein die römische Jurisprudenz verlangt in allen diesen Fällen noch die reale Bethätigung des Willens, das Nehmen der Sache. Frühere Juristen hatten allerdings beim Schatz davon absehen wollen, sie meinten: continuo me possidere simulatque possidendi animum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet (l. 3 § 3 h. t.), allein die in derselben Stelle berichtete entgegengesetzte Ansicht des Sabinus, welcher das loco movere des Schatzes verlangte, trug bei der späteren Jurisprudenz den Sieg davon (l. 44 pr. ibid. l. 15 ad exh. 10. 4). In

---

1) Ueber diesen Gegensatz s. mein oben citirtes Werk, B. 3 § 43.

den beiden anderen Fällen hat letztere zwar das Erforderniß der realen Bemächtigung der Sache nicht ausdrücklich betont, es aber dadurch stillschweigend anerkannt, daß sie dem Besitzer des Grundstücks den Besitz der Waben und der hinübergefallenen Sachen abspricht, ohne des modificirenden Einflusses, den das bloße Wissen und Wollen ausüben könnte, zu gedenken [1]).

Wenn irgend ein Verhältniß dem römischen Recht Anlaß hätte bieten können, von dem Erforderniß der realen Bethätigung des Willens zum Zweck des Besitzerwerbes abzusehen, so wäre es das des Erben gewesen, auf ihn hätte man, wie alle andern nicht an die Person des Erblassers geknüpften Rechtsverhältnisse, so auch den Besitz mit Antretung der Erbschaft übergehen lassen können. Allein auch der Erbe hat den Besitz erst zu *erwerben*. Nur in Bezug auf die *Fortdauer* des Besitzes hat das römische Recht aus triftigen praktischen Gründen in einem einzigen Ausnahmsfall von dem Erforderniß des Willens abgesehen: bei ausbrechendem *Wahnsinn* des Besitzers; hier dauert der Besitz trotz des mangelnden Willensvermögens fort, „ne languor animi damnum etiam in bonis afferat" (l. 44 § 6 de usurp. 41. 3)[2]).

Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, wenn das spätere Recht den Rechtsbesitz an der Prädialservitut mit der Über=

---

1) l 5 § 3 de A. R. D. (41, 1) l 5 § 5 ad exh. (10, 4).

2) Wenn Pomponius in l 25 § 1 h. t. bei eintretendem Wahnsinn des *Stellvertreters* dasselbe eintreten lassen will, so ist diese Ansicht im Sinn von Afrikan in l 40 § 1 ibid. dahin zu berichtigen, daß die Unterbrechung des Besitzes nicht *sofort* eintritt (..non statim eam interpellari). Dem Besitzherrn wird eine Zeit verstattet, um die nöthigen Sicherungsmaßregeln zu treffen, benutzt er sie nicht, so geht sein Besitz verloren. Dies ist von Afrikan zwar nur für den Tod des Stellvertreters ausgesprochen, das Princip aber, das er hier zur Anwendung bringt, ist ein ganz allgemeines: Verlust durch Nachlässigkeit, s. darüber meinen Grund des Besitzschutzes S. 210 fl. Im Falle des Wahnsinns des *Vertreters* liegt für das Recht kein Grund vor, dem Besitzherrn den Besitz ebenso zu erhalten, wie bei eigenem

tragung des herrschenden Grundstücks auf den Käufer übergehen läßt, ohne daß er selber bereits die Servitut ausgeübt hat. Das frühere Recht verlangte auch in diesem Verhältniß eine reale Bethätigung des Besitzwillens mittelst Ausübung der Servitut, und das prätorische Edict stellte dem Käufer für den Fall, daß letzterer auf Widerstand stieß, ein eigenes interdictum adipiscendae possessionis zur Verfügung (l. 2. § 3. de interd. 43. 1). Die Jurisprudenz nahm keinen Anstand, auf Grund des Besitzes des Vorgängers dem Universal- wie dem Singularsuccessor die gewöhnlichen quasipossessorischen Interdicte zuzugestehen [1]). Der Gesichtspunkt, der sie dabei leitete, war der vollkommen richtige der abstracten Erfassung des Subjects der Prädialservitut (der jedesmalige Eigenthümer) und damit der Identität desselben bei Wechsel der physischen Personen. Wie dieser Gesichtspunkt für alle Rechtsfragen, bei der Prädialservitut als der maßgebende zu Grunde gelegt ward, z. B. in Bezug auf die Rechtskraft des für oder gegen den Vorgänger ergangenen Urtheils für und gegen den Nachfolger, für den usus und den non usus, für die vitia possessionis beim Quasibesitz, so mußte er es auch für die Frage vom Dasein des Quasibesitzes. Hat der Vorgänger den Quasibesitz gehabt, so hat ihn auch der Nachfolger, ohne daß es zu dem Zwecke erst einer Ausübungshandlung in seiner Person bedarf, beide sind in Bezug auf die Servitut juristisch dieselbe Person, was von dem Einen gilt, gilt auch vom Andern.

Wahnsinn, es würde ihm damit nur das Privilegium der Nachlässigkeit ertheilen, im Fall des Wahnsinns des Besitzers selber dagegen handelt es sich darum, ihm, der sich selber nicht helfen kann, zu Hülfe zu kommen und den gänzlich unverschuldeten Besitzverlust abzuwehren.

1) Das int. de itinere l 3 § 6—10 de itin. (43, 19) des int de aqua l. 1 § 37 de aqua (43, 20) . . . et successoribus dantur interdicta et emtori. l. 2 § 3 Si serv. vind. (8, 5).

In consequenter Durchführung des für den Rechtsbesitz aufgestellten Gesichtspunktes der Identität der Person des Erben mit der des Erblassers hätten die Römer auch dahin gelangen können, wie den Rechtsbesitz so auch den Sachenbesitz mit Antretung der Erbschaft auf den Erben übergehen zu lassen. Bis zu dieser Consequenz sind sie jedoch nicht vorgeschritten. Ein praktisches Interesse dazu lag nicht vor, da die hereditatis petitio dem Erben die possessorischen Interdicte ersetzte [1]), und der Fortlauf der Usucapion durch den Tod des Erblassers nicht unterbrochen wurde. *Praktisch* stand demnach die Sache ganz eben so, als ob der Besitz während der hereditas jacens fortdauerte und ipso jure auf den Erben überging, seine Rechtsstellung in Bezug auf die beiden rechtlichen Wirkungen des Besitzes: Rechtsschutz und Usucapion war ganz dieselbe, als ob er bereits während dieser Zeit besessen hätte, es war lediglich das theoretische Interesse der Aufrechterhaltung des hergebrachten Besitzbegriffes, welches die römischen Juristen abhielt, den Besitz während der Erbschaft fortdauern und mit Antretung derselben auf den Erben übergehen zu lassen. In der Enthebung der Usucapion vom Erforderniß des Besitzes hatte man bereits den ersten Schritt in Bezug auf die Ablösung der Wirkungen des Besitzes von dem thatsächlichen Dasein seines Thatbestandes gethan. Hätte die hereditatis petitio die Jurisprudenz nicht der Nothwendigkeit überhoben, den Besitzesschutz des Erben in der regulären Form durch die possessorischen Interdicte zu

1) Auf diese den Mangel der possessorischen Interdict ersetzende Function der hereditatis petitio, die kürzlich von *Bähr*, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig 1883, S. 49, 50 hervorgehoben worden ist, habe ich schon in meiner Inauguraldissertation de hereditate possidente (1842) (Vermischte Schriften, 1879, S. 45) aufmerksam gemacht, bei früheren Schriftstellern habe ich einen Hinweis darauf nicht gefunden.

vermitteln, so würde sie auch vor dem noch übrigen zweiten Schritt nicht zurückgeschreckt sein und den Besitz wie in Bezug auf die Usucapion so auch in Bezug auf den Rechtsschutz haben fortdauern und auf den Erben übergehen lassen, die Anomalie wäre keine größere gewesen als in Bezug auf die Fortdauer des Besitzes bei ausbrechendem Wahnsinn — hier wie dort Fortdauer des Besitzes ohne Willen — und die Übertragung des Rechtsbesitzes des Erblassers auf den Erben, — hier wie dort Besitzerwerb von Seiten des Erben ohne äußeren Akt wegen juristischer Identität der Person. Diesen letzten Schritt hat das französische Recht, das auch im Übrigen durch die Freiheit, mit der es den Besitzbegriff behandelt, vor andern modernen Rechten hervorragt[1]), in der That gethan, wie das Eigenthum, so geht auch der Besitz kraft Gesetzes auf den Erben über[2]).

1) S. darüber meinen Geist des R. R. B. 3., Aufl. 4 S. 430, Note 592.

2) Die bekannte Rechtsprämie: le mort saisit le vif (Uebersetzung von Tiraquell: mortuus facit possessorem vivum sine ulla apprehensione.) Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechts, B. 4, § 609. Die Germanisten streiten darüber, ob der gesetzliche Uebergang der Gewere nach den deutschen Rechten des Mittelalters dem Erben den Besitz oder bloß das Recht, sich den Besitz anzueignen, verschafft habe, Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts B. 5, § 281, Anm. 4. Meiner Auffassung nach enthält die letztere Ansicht nur eine durch nichts gebotene Concession an die römische Besitztheorie, praktisch ist derjenige, welcher die Rechte des Besitzers hat, Besitzer, gleichgültig ob der äußere Thatbestand des Besitzes in seiner Person vorliegt oder nicht. Daran fehlt es auch dem abwesenden Besitzer, wenn ein Anderer sich in Besitz des Grundstückes gesetzt hat, dem Besitzer der saltus aestivi im Winter, dem Wahnsinnigen, es ist eben die civilis possessio in dem bekannten Sinn des rechtlich angenommenen Besitzes bei Abwesenheit seines äußern Thatbestandes. Haben die römischen Juristen sich zu dieser Behandlungsweise des Besitzes erhoben, was sollte uns abhalten, sie auch in ähnlichen Fällen eintreten zu lassen? Der richtige Standpunkt bei der Behandlung der Besitzesfragen ist nicht der naturhistorische, wenn ich mich so ausdrücken darf, von dem aus man untersucht, ob ein Akt, mit dem das Gesetz die Wirkung des Besitz- und Eigenthums-

Zu der hier nachgewiesenen spiritualistischen Behandlung des Besitzverhältnisses stimmt es nicht recht, wenn noch die späteren Juristen den Satz lehren, daß es zum Erwerbe des Besitzes der *körperlichen* Aneignung der Sache bedürfe, wie dies Paulus thut, wenn er (S. R. V, 2, 1, und l 8. h. t.) sagt: possessionem acquiri *corpore* et animo. Daß corpus in diesen beiden Stellen nicht den Sinn hat, den wir heutzutage mit dem Wort verbinden: das körperliche *Verhältniß* zur Sache[1]), sondern den der realen *Bethätigung* des Aneignungswillens, ist bekannt. Aber auch in dem Sinn, den die römische Jurisprudenz damit verbindet, war das Erforderniß in der That nicht mehr aufrecht zu erhalten, und man kann Paulus mit seinen eigenen oben (S. 28) citirten Worten schlagen: non est enim *corpore* . . . . necesse adprehendere possessionem. Die römischen Juristen haben sich dies selber nicht verhehlt. So nimmt z. B.

---

erwerbes verbindet (wie z. B. unser Handelsgesetzbuch Art. 649 an die Uebergabe des an Ordre lautenden Connossements) die Voraussetzungen zur Annahme eines Besitzverhältnisses im natürlichen Sinn enthalte, sondern der praktisch-juristische, bei dem es allein darauf ankommt, ob die *Wirkungen* des Besitzes vorliegen. Sind sie vorhanden, so hat der Jurist *Besitz* anzunehmen, und seine Sache ist es, wenn sein bisheriger Besitzgriff dazu nicht stimmt, denselben entsprechend zu modificiren. Der Vorwurf, den man dem Gesetzgeber daraus machen wollte, daß er sich um den wissenschaftlichen Besitzbegriff nicht gekümmert habe, fällt auf den Juristen zurück, der ihn zu eng zugeschnitten hat. Wären die römischen Juristen so engherzig gewesen, sie hätten eine ganze Reihe von Rechtssätzen, die mit ihrem traditionellen Besitzbegriff nicht stimmten, gar nicht zulassen dürfen, aber sie waren nicht bloß verständig genug, dem praktischen Interesse, das sie erheischte, keinen Widerstand entgegenzusetzen, sondern sie nahmen auch gar keinen Anstand, den Besitzbegriff auf sie zu erstrecken — *die römischen Juristen haben den Romanismus nicht verschuldet.*

1) Beispielsweise *Puchta*, Pandekten § 123: Im Besitz sind zwei Elemente zu unterscheiden: 1) das körperliche Verhältniß zur Sache, welches die factische Gewalt über sie bedingt (corpus), 2) die Richtung des Willens auf die Sache (animus).

Julianus in l. 79 de solut. (46. 3), um das Bedenken zu entkräften: quod a nullo *corporaliter* ejus rei possessio detineretur, den Gesichtspunkt zu Hülfe: quodammodo *manu longa* tradita existimanda est. Die manus muß es sein, mit der man sich die Sache aneignet, die bloße Willenserklärung genügt nicht, und so geräth der Jurist auf den Ausweg, die wirkliche Hand durch die fingirte: die als verlängert gedachte vertreten zu lassen. Aber an einer andern Stelle in l. 51. h. t. gibt er der Wahrheit die Ehre, indem er sagt: *animi quodam genere* possessio erit aestimanda, womit er offen zugesteht, daß das Erforderniß der *realistischen* Verwirklichung des Besitzwillens (corpore) sich nicht aufrecht erhalten lasse, vielmehr durch eine idealistische oder spiritualisirende (animi quodam genere) ersetzt werden müsse.

Der Umstand, daß wir heutzutage mit dem Ausdruck corpus einen andern Sinn verbinden, als die römischen Juristen, hat die Wahrnehmung der soeben hervorgehobenen Thatsache erheblich erschwert. Für uns hat die Zulassung des Besitzerwerbs ohne reale Aneignung der Sache nichts Anstößiges, unser heutiger Begriff des corpus ist von vornherein so weit angelegt, daß darunter auch die spiritualistische Besitzaneignung fällt. Aber unter den römischen Begriff paßte sie in der That nicht, und die obige Regel über den Erwerb des Besitzes vergegenwärtigt uns einen der vielen Fälle in der Entwicklungsgeschichte der römischen Jurisprudenz, wo die hergebrachte doctrinäre Formulirung sich dem realen Fortschritt des Rechts gegenüber als unzureichend erwies, ohne doch durch eine bessere ersetzt zu werden.

Der obige moderne Sprachgebrauch in Bezug auf corpus hat aber noch eine andere Folge für uns gehabt, die bedenklicher ist. Wir zerlegen das Besitzverhältniß in zwei Elemente:

corpus und animus, unter jenem verstehen wir das rein räumliche Verhältniß zur Sache, unter diesem den Akt, wodurch der Wille sich dasselbe zu Nutze macht und zum Besitzverhältniß gestaltet. Damit werden corpus und animus als zwei völlig selbständige Momente auf eine und dieselbe Linie gestellt, und es wird dem Irrthum Vorschub geleistet, als ob, wie der animus ohne corpus, so auch das corpus ohne animus möglich sei. Auf diese Weise gelangt das bloße Raumverhältniß zur Bedeutung eines dem animus vorangehenden Faktors, mit ihm ist bereits dem animus das Bett bereitet, er braucht sich lediglich hineinzulegen. In Wirklichkeit aber hat, wie der animus ohne das corpus, so auch das corpus ohne animus gar keine Existenz, beide entstehen gleichzeitig dadurch, daß der Wille sich in dem Verhältniß zur Sache verkörpert. Der Besitz ist mithin nicht das bloße Zusammentreffen von corpus und animus, was für jedes der beiden Erfordernisse bereits ihr *vorheriges Dasein* in sich schließen würde, sondern das corpus ist die *That* des Willens, es ist vorher ebensowenig da wie das Wort, bevor es gesprochen wird. Wie Wort und Gedanke, so verhalten sich corpus und animus, im Wort verkörpert sich der bis dahin rein innerliche Gedanke, im corpus der bis dahin rein innerliche Wille, für die Wahrnehmung existirt bis dahin keins von beiden. Das Raumverhältniß hat bloß die Bedeutung einer unerläßlichen Voraussetzung der Realisirung des Besitzwillens, aber zum corpus gestaltet es sich erst in dem Moment, wo der Wille ihm den Stempel des Besitzverhältnisses aufprägt. Würde das Raumverhältniß an sich schon das corpus in sich schließen, so hätten die römischen Juristen in den drei oben (S. 29) genannten Fällen, wo dasselbe ja zweifellos vorhanden war, durch bloße Willenserklärung den Besitz entstehen lassen müssen, aber sie verlangen hier noch eine reale

Bethätigung des Aneignungswillens, d. h. der animus kommt hier nicht als zweites Element zu dem bereits vorhandenen ersten hinzu, sondern er schafft dasselbe erst, indem er sich bethätigt. Beim detentor alieno nomine trägt das Verhältniß zur Sache bereits den Charakter des corpus an sich, er hat ja die corporalis oder naturalis possessio. Um wie viel mehr müßte also bei ihm die, wir wollen des Beweisinteresses wegen annehmen: vor Zeugen geschehene Erklärung, die Sache besitzen zu wollen, ausreichen, um diesen Erfolg herbeizuführen. Aber auch bei ihm muß der animus sich im corpus verwirklichen, was dadurch geschieht, daß er sich thatsächlich als Eigenthümer aufspielt: die Sache veräußert, dem Besitzherrn die Herausgabe derselben verweigert, den Empfang derselben in Abrede stellt, ihm das Betreten des Grundstücks verwehrt.

Zu diesen Probefällen, deren sich auch Pininski[1]) für seine sehr gelungene Begründung der hier von mir verfochtenen Auffassung des Besitzwillens bedient, füge ich noch folgenden hinzu, der ganz geeignet ist, uns darüber zu belehren, was die römischen Juristen sich unter corpus gedacht haben. In seinen Sententiae receptae V, 2 § 1 sagt Paulus: Possessionem acquirimus et animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Ich habe Bäume gekauft, die in dem von mir vermietheten Garten im Herbst gepflanzt werden sollen, und habe den Verkäufer

1) Der Thatbestand des Sachenbesitzes, Leipzig 1885, S. 149 fl. Seiner Ansicht hat sich Windscheid in der sechsten Auflage seines Lehrbuchs (1887) § 153 Anm. 1a angeschlossen, indem er sie kurz und treffend in die Worte zusammenfaßt: „die thatsächliche Gewalt muß der Ausdruck des Aneignungswillens sein. Es reicht nicht hin das Nebeneinanderbestehen von thatsächlicher Gewalt und Aneignungswille; es ist eine Beziehung zwischen beiden nöthig. Der Aneignungswille muß auf die Sache als eine in der thatsächlichen Gewalt befindliche gerichtet sein".

angewieſen, ſie dorthin zu ſchaffen, ohne daß ich den Miether vorher davon in Kenntniß geſetzt habe. Der Verkäufer bringt ſie in Abweſenheit des Miethers — wie ſteht es mit dem Beſitz? Beide Elemente des Beſitzes ſind hier vorhanden: der animus in meiner Perſon, das corpus in der des Miethers, der ja die Cuſtodia am Grundſtück hat. Folglich müßte derſelbe anzunehmen ſein. Meiner Meinung nach iſt er es nicht, denn das angebliche corpus in der Perſon des Miethers beſteht ohne deſſen animus, iſt mithin kein Detentionsverhältniß, ſondern ein bloßes Raumverhältniß. Auch in ſeiner Perſon bedarf es des Wollens, um das bloße Raumverhältniß in ein Beſitzverhältniß zu verwandeln, auch beim Detentor hat das corpus den animus hinter ſich (IV), und wenn Paulus in der oben citirten Stelle den Beſitz im Stellvertretungsverhältniß animo utique nostro, corpore alieno für uns entſtehen läßt, ſo will er damit in der Perſon des Stellvertreters nicht den animus läugnen, ſondern nur ſagen, daß der Stellvertreter uns die reale Bethätigung des Beſitzwillens abnehmen kann, wir unſererſeits uns aber auf die wörtliche Aeußerung deſſelben ihm gegenüber beſchränken dürfen.

Ich weiß nicht, ob ich den Einwand zu fürchten habe, daß für das Niederlegen der Bäume in dem vermietheten Garten daſſelbe gelten müſſe wie für das in demjenigen, in dem wir ſelber uns aufhalten. Im letzteren Fall würden wir dadurch ſofort den Beſitz erwerben, warum nicht auch in jenem? Die Verſchiedenheit beider Fälle beſteht darin, daß wir in dem einen die corporalis possessio am Garten ſelbſt ausüben, im andern durch Vermittlung des Miethers. Ganz daſſelbe, was im erſteren Fall von uns gilt, gilt auch vom Miether. So wenig wir den Beſitz an denjenigen Sachen erwerben, die ohne unſer Wiſſen auf unſer Grundſtück gerathen, ebenſowenig erwirbt der Miether ihn für uns an

denjenigen, die als für uns bestimmte auf das Grundstück geschafft werden, von denen er aber nichts weiß. Auch in seiner Person ist das corpus nur dann begründet, wenn sich der animus hinzugesellt, bis dahin liegt nichts als ein Raumverhältniß vor, und der Umstand, daß der Garten uns *gehört*, ist gleichgültig, da wir ja die Innehabung und damit die s. g. Custodia an den Pächter abgetreten haben. Entgegengesetzten Falls würde ich auch, wenn die von mir bestellten Weinflaschen aus Versehen oder auf Grund meines Auftrags (z. B. während meiner Abwesenheit vom Ort) anstatt in die von mir bewohnte erste Etage meines Hauses, in die von mir vermiethete Parterrewohnung abgeliefert worden wären, den Besitz erhalten „quamquam id nemo dum attigerit“ (l. 18 § 2 h. t.). Von dem Erwerb der corporalis possessio durch s. g. custodia kann nur die Rede sein, wenn ich selber den Raum corporaliter inne habe. Den vermietheten Garten, die vermiethete Parterrewohnung habe ich nicht corporaliter inne, das bloß räumliche Erscheinen der Sache in diesem Raum ohne Zuthun einer vermittelnden Thätigkeit der Person kann mir daher den Besitz nicht verschaffen. So lange der Miether nichts davon weiß, hat weder er, noch der Vermiether den Besitz, derselbe bleibt beim Tradenten. Letzterer würde sie also wieder abholen lassen können, ohne einem Andern den Besitz zu entziehen; nimmt der Miether die Flaschen zu sich in der Meinung, daß die Flaschen für ihn bestimmt waren, so erhält er, hatte der Vermiether ihn in Kenntniß gesetzt, daß sie bei ihm abgeliefert werden sollten, so letzterer den Besitz.

Ich vervollständige die bisherige Ausführung über das Verhältniß zwischen corpus und animus durch eine, wie mir scheint, ganz instructive Parallele. Es ist das Gewohnheitsrecht. Auch bei ihm haben wir zwei Momente, von denen

man das eine als corpus, das andere als animus bezeichnen könnte, das *äußere*: die Gewohnheit, das *innere*: die rechtliche Überzeugung, die s. g. opinio necessitatis. Bekanntlich hat die frühere Theorie des Gewohnheitsrechts das erstere Moment als das entscheidende in den Vordergrund gestellt, zu ihm sollte sich als zweites erst die opinio necessitatis hinzugesellen. In Wirklichkeit ist das Verhältniß ganz dasselbe wie beim Besitz. Auch beim Gewohnheitsrecht ist es das *Interesse*, welches den *Willen* in Bewegung setzt: das Interesse der Gesellschaft an der Innehaltung dieser bestimmten Ordnung, und auch hier hat das corpus nur die Bedeutung *der realen Bethätigung des Willens*. Auch wenn sich das Gewohnheitsrecht nicht sofort als solches gebildet, sondern vorher erst das Stadium der (rechtlich unverbindlichen) *Sitte* durchlaufen hat, ist es der Wille, der diese geschaffen, sich in ihr verkörpert hat. Und diese Function behält er bei, wenn er aus der Sitte das Gewohnheitsrecht schafft, d. h. wenn die Überzeugung der rechtlich nicht verbindenden Kraft der Gewohnheit in die der rechtlich verbindenden Kraft derselben umschlägt, der Wille bethätigt damit nur in erhöhter Potenz die Macht, dem Leben die Bahnen vorzuzeichnen, die es inne zu halten hat — das corpus ist auch hier die reale Bethätigung, das Werk des animus.

IV.

Erforderniß des Willens im Detentionsverhältniß.

Der im Bisherigen entwickelte Gegensatz zwischen dem Besitz und dem bloßen Raumverhältniß zur Sache ist auch der Volksvorstellung völlig geläufig. Der zwischen Besitz und Detention ist es nicht. Zeugniß dafür legt die Sprache ab. Indem sie für ersteren den Ausdruck possessio, Besitz, gebildet hat, hat sie damit den Beweis geliefert, daß dieser Gegensatz dem Volk zum Bewußtsein gekommen ist, denn die Sprache ist die Inventur der Begriffe. Ausdrücke, welche der Volkssprache angehören, beweisen, daß die damit bezeichneten Begriffe dem Volk, Ausdrücke, welche ihr fremd sind, und welche erst die Wissenschaft hat bilden müssen, wie der der Detention, daß die Begriffe der Wissenschaft angehören.

Unser heutiger Ausdruck Detention ist zwar der lateinischen Sprache entnommen, aber er ist bekanntlich kein römischer, wir begegnen hier der befremdenden Thatsache, daß die römische Jurisprudenz für einen der Grundbegriffe der ganzen Besitzeslehre keinen terminus technicus besitzt. Zur substan=

tivischen Bezeichnung desselben verwendet sie den Ausdruck possessio mit dem Zusatz *naturalis*, ein leidiger Nothbehelf, da sie sich derselben Bezeichnungsweise auch in einem andern Sinn (= corporalis possessio im Gegensatz des animo possidere) bedient, und man also immer erst aus den Umständen entnehmen muß, in welchem Sinn er gemeint ist. Ganz dasselbe gilt für den Ausdruck possessio *civilis*; er hat den Doppelsinn: rechtlich *geschütztes* Besitzverhältniß und Annahme eines Besitzverhältnisses von Seiten des Rechts trotz *mangelnder* corporalis possessio. In der einen Bedeutung zielen beide Ausdrücke auf die *Wirkungen*, in der andern auf die *Voraussetzungen* des Besitzes.

Erst unsere heutige Jurisprudenz hat diesem Mangel durch Bildung des obigen Ausdrucks abgeholfen, und ich berühre damit eine Erscheinung, welche dieselbe zu ihrem Vortheil von ihrer römischen Lehrmeisterin abhebt. Der letzteren fehlt es für manche der alltäglichsten Rechtsverhältnisse an festen technischen Ausdrücken (z. B. für Miteigenthum, Miteigenthümer), das Bedürfniß einer technischen Bezeichnung derselben ist durch sie nicht befriedigt worden, in sprachbildnerischer Beziehung bewährt sie ein befremdendes Unvermögen. Unsere heutige Jurisprudenz hat sie in diesem Punkt weit übertroffen, sie hat das Bedürfniß einer festen Kunstsprache vollauf zu würdigen und mit Geschick zu befriedigen verstanden, und nach dieser Seite hin hat sie die Theorie des römischen Rechts erheblich verbessert. Allerdings ist dabei der Umstand nicht außer Acht zu lassen, daß die Rechtssprache der Römer, von wenigen, dem griechischen Recht entlehnten und in griechischer Form beibehaltenen Ausdrücken abgesehen, mit der Volkssprache zusammenfiel und nur die scharfe, wissenschaftliche Bestimmtheit vor ihr voraus hatte, während die unsrige von vornherein bis auf wenige der Volkssprache angehörige Ausdrücke auf

dem Boden der Wissenschaft erwachsen ist. Diese sprachliche Isolirung hat der Wissenschaft die sprachlichen Neubildungen außerordentlich erleichtert. Wo der Jurist die Volkssprache redet und das Volk die Rechtssprache, ist es schwer, juristische Kunstausdrücke aufzubringen, wo der Jurist seine eigene Sprache spricht, hat die Wissenschaft es leicht, den von ihr gebildeten Kunstausdrücken die gewünschte Geltung zu verschaffen. Wer sich die Mühe nehmen will, die Kunstsprache der römischen Juristen mit der der heutigen zu vergleichen, wird staunen über die Armuth der ersteren und den Reichthum der letzteren; und ich möchte das Thema: „Vergleich der römischen Kunstsprache mit der heutigen" der Beachtung jüngerer Kräfte empfehlen, es würde damit ein bisher noch unbeschriebenes und doch für die Signatur unserer heutigen Jurisprudenz im Gegensatz zu der römischen äußerst wichtiges Blatt ausgefüllt werden.

Die Zerlegung des Besitzverhältnisses in Besitz und Detention, sagten wir, ist der Volksvorstellung fremd, aber der generelle Besitzbegriff der Sprache behauptet gleichwohl für beide seine volle Geltung. Alles, was wir im Bisherigen über das Erforderniß des Willens und der Art seiner Bethätigung bei Begründung des Besitzverhältnisses entwickelt haben, gilt nicht minder für die Detention als für den Besitz, in Bezug auf den Thatbestand des Besitzverhältnisses knüpft sich an diesen Gegensatz nicht der mindeste Unterschied, die Detention ist an dieselben Voraussetzungen geknüpft, wie der Besitz: corpus und animus. Auch die Subjectivitätstheorie stellt dies nicht in Abrede, denn der Gegensatz, den sie innerhalb des Besitzwillens glaubt annehmen zu müssen, je nachdem Besitz oder Detention beabsichtigt ist, läßt das Erforderniß des Willens auch für die Detention unangetastet bestehen, sie erblickt

den Grund der letzteren nicht in dem Mangel, sondern in einer besonderen Qualification des Besitzwillens.

Die Quellen erkennen das Erforderniß des Willens für die Detention ausdrücklich an, indem sie für den Besitzerwerb durch Stellvertreter die Willensfähigkeit des Stellvertreters verlangen (l. 1 § 9, 10 h. t.: Ceterum ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi, et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem. Ob der Wille in der Person des Besitzers anders gestaltet sein müsse, bleibt vorläufig noch dahingestellt, aber es erweckt von vornherein kein günstiges Vorurtheil dafür, daß Paulus in § 3 dieser Stelle, wo er das Erforderniß des Willens in der Person des Besitzers, der für sich selber erwirbt, betont, dafür den Ausdruck: affectionem tenendi und in § 9 und 10, wo dies in Bezug auf denjenigen geschieht, der ihn für einen Andern erwirbt, den Ausdruck: intellectum possidendi gebraucht; in seinem Munde ist animus tenendi und possidendi völlig gleichwerthig.

Das soeben Gesagte hätte im Grunde schon früher (III) seine Stelle finden müssen, denn es enthält nichts als den nachträglichen Beweis, daß unsere dort aufgestellte generelle Behauptung in Bezug auf das Erforderniß des Willens für das Besitzverhältniß auch für das Detentionsverhältniß ihre Richtigkeit hat. Wenn ich diesen Punkt erst hier nachhole, so hat das seinen Grund darin, daß mir das Erforderniß in dieser besonderen Anwendung einer genaueren Betrachtung werth scheint, durch welche ich dort den Zusammenhang der Entwicklung nicht unterbrechen wollte. Sie hat zum Gegenstand das praktische Interesse der Abhebung des Detentionsverhältnisses vom Raumverhältniß.

Der Detentor hat keinen Anspruch auf den Besitzesschutz, folglich, kann man fragen, was verschlägt es, ob man sein Verhältniß zur Sache mit dem Raumverhältniß auf eine Linie stellt? Das juristisch Relevante des Verhältnisses: der Rechtsschutz fehlt in beiden Fällen, und wenn auch die *Sprache* beide unterscheidet und in dem einen Fall von Besitz spricht, im andern nicht, vom Standpunkt des *Rechts* aus, scheint es, ist die Unterscheidung beider ohne Bedeutung.

Darauf ist Folgendes zu erwidern.

Angenommen, es wäre an dem, daß das Detentionsverhältniß der rechtlichen Bedeutung entbehrte, was sofort untersucht werden soll, so würde doch die Abhebung desselben vom Raumverhältniß schon aus begrifflichen Gründen geboten sein. Ich meine nicht: seiner selbst wegen, sondern um des Besitzes willen. Wird der Begriff des Besitzes einmal auf den Willen abgestellt, so ist demselben damit eine Weite gegeben, welche unabwendbar auch die Detention in sich schließt. Es ist nicht möglich, ein Kriterium, welches zwei Verhältnissen gemeinsam ist, bloß für eins derselben aufzustellen, entweder muß man ganz davon absehen, oder an dem durch dieses Kriterium gekennzeichneten Begriffe (und ganz dasselbe gilt auch von Rechtssätzen [1]), den man lediglich im Interesse des einen Verhältnisses aufstellt, auch das andere, für welches das gewählte Begriffsmoment ebenfalls zutrifft, Theil nehmen lassen, und soweit beide unter sich unterschieden werden sollen, auf andere Weise dafür Sorge tragen. Ich möchte diese Art des logischen Zwanges als *begriffliche Reflexwirkung* bezeichnen. Der Begriff, der um des einen Verhältnisses wegen aufgestellt ist, kommt dem andern zu gute, man muß, um ihn für jenes zu gewinnen, letzteres mit in den Kauf nehmen.

---

1) Beispiele in meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes, S. 54 fl.

Auf diese Weise würde mithin das Detentionsverhältniß, selbst wenn es aller praktischen Bedeutung entbehrte, zwar nicht seinet-, aber des Besitzes wegen vermöge des Begriffszwanges vom Raumverhältniß abzuheben sein. Aber die Annahme, daß es der praktischen Bedeutung entbehrt, ist eine irrige. Auch an das Detentionsverhältniß, gleichmäßig das absolute wie das relative, knüpfen sich praktische Folgen, welche mit dem bloßen Raumverhältniß nicht verbunden sind und darum die Unterscheidung desselben von letzterem *praktisch* nothwendig machen, es giebt *kein* Detentionsverhältniß, das in rechtlicher Beziehung *bedeutungslos* wäre, die Bedeutung desselben ist nur eine geringere, als die des Besitzes.

Auch der Detentor genießt des Rechtsschutzes; im Unterschied von dem Besitzesschutz im hergebrachten Sinn: dem *ächten* Besitzesschutz, will ich ihn den *unächten* nennen.

Zu diesem Interesse des Detentionsverhältnisses für den *Detentor selber*, das im absoluten Detentionsverhältniß ganz so besteht, wie im relativen, gesellt sich bei dem letzteren noch das *für den Besitzherrn* hinzu.

Dasselbe bedarf nicht der Ausführung. An der Detention hängt für den Besitzherrn der Besitz. Ein bloßes Raumverhältniß desjenigen, den er mit dem Erwerb des Besitzes für ihn beauftragt hat, verschafft ihm nicht den Besitz (S. 38), derselbe muß willensfähig sein und für ihn alles das gethan haben, was in seiner eigenen Person zum Erwerb des Besitzes gehören würde. Und auch sein ferneres Verhalten ist für ihn nicht ohne Bedeutung. Bei beweglichen Sachen hat er schlechthin, bei unbeweglichen Sachen wenigstens bis zu einem gewissen Grade den Besitz des Besitzherrn in seiner Hand — die Frage der Detention ist also für die Entstehung wie für die Fortdauer des Besitzes von maßgebender Bedeutung. In der Detention steckt der Besitz, und um zu beur-

theilen, ob der Besitz vorhanden ist, muß der Richter das Detentionsverhältniß ins Auge fassen (mittelbare rechtliche Bedeutung desselben).

Die rechtliche Bedeutung der Detention für den Detentor selber (unmittelbare Bedeutung des Detentionsverhältnisses) besteht in dem Schutz, den das Recht ihm zu Theil werden läßt.

Das Recht schützt auch den Detentor, nur in anderer Weise als den Besitzer, und zwar nicht erst unser modernes Recht, das in dem Summariissimum und in der Spolienklage ihm dieselben Rechtsmittel zur Verfügung gestellt hat, wie dem Besitzer, sondern bereits das römische. Der Schutz, den das Recht dem Detentor zuerkennt, ist ein doppelter: der durch Selbstvertheidigung und durch Klagen[1]).

---

1) Auf den Rechtsschutz des relativen Detentionsverhältnisses hat bereits O. Bähr in der oben S. 32 Note citirten Schrift S. 40 fl. in seinen höchst werthvollen Ausführungen über unser heutiges Besitzesrecht aufmerksam gemacht und damit eine Lücke in unserer Literatur ausgefüllt, denn seine Klage, daß „die Besitzesfrage in unsern Lehrbüchern immer nur im Sinne der römischen possessio erörtert wird, und die wichtige Frage über das Verhältniß des Realbesitzes (worunter er das „reale Innehaben zu eigenem Recht" d. i. unser obiges selbstnützige Detentionsverhältniß versteht) ist nur zu sehr begründet, ich meinerseits habe das Verhältniß schon seit Jahren in meinen Vorlesungen und dann auch literarisch in meiner Abhandlung über den Rechtsschutz gegen frivole Rechtsverletzungen (Jahrb. B. 23, S. 260 fl.) behandelt. Die folgende Darstelluug desselben weicht von der von Bähr, mit dem ich sonst im Wesentlichen völlig übereinstimme, in zwei Punkten ab. Einmal ergänzt sie dieselbe, indem sie den Nachweis erbringt, daß bereits das römische Recht dem Detentor verschiedene Klagen zur Verfügung stellte, während Bähr (S. 44) behauptet, daß „die Römer dem thatsächlichen Besitzer gar keinen Rechtsschutz gewährten". Sodann bleibt sie hinter derselben zurück, indem sie das von Bähr aufgeführte Retentionsrecht und jus tollendi seines Realbesitzers nicht mit aufgenommen hat. Nicht, weil ich beide Rechte in Abrede nehmen wollte, sondern weil sie an besondere Voraussetzungen geknüpft sind, die sich nicht in jedem Detentionsverhältniß wiederholen, mein Augenmerk bei der folgenden Darstellung aber nur darauf ge-

Die *Selbstvertheidigung*. Die Befugniß dazu steht Jedem zu, dem ein Anderer eine Sache, die er inne hat, zu entreißen sucht, dem Detentor so gut wie dem Besitzer und jenem ebensowohl im absoluten wie im relativen Detentionsverhältniß. Als Beispiel des absoluten Detentionsverhältnisses aus heutiger Zeit führe ich den Fall an, wenn sich Jemand auf eine Bank in den öffentlichen Anlagen gesetzt hat, — nach römischem Recht, ist an ihr, da sie zu den res publicae gehört, kein Besitz möglich — oder wenn ein Schiffer sein Schiff an einer bestimmten Stelle des öffentlichen Flusses oder Hafens angelegt hat. Beide haben den Platz inne und dürfen sich daher in der Innehabung desselben durch Anwendung von Gewalt behaupten. Dasselbe gilt auch von der Inbesitznahme im Privateigenthum befindlicher, aber dem gemeinen Gebrauch überwiesener Sachen: dem Sitz im Eisenbahncoupee, dem Stuhl, der Zeitung in der Restauration. Ob hier ein contractliches und demgemäß ein relatives Detentionsverhältniß anzunehmen ist, kümmert mich hier nicht. In allen diesen Fällen liegt kein bloßes Raumverhältniß, sondern ein Detentionsverhältniß vor, der Wille hat sich in dem Verhältniß zur Sache verkörpert, und wer mir dieselbe zu entziehen sucht, tastet meinen Willen und damit meine Persönlichkeit an, die ich zu behaupten juristisch ebenso berechtigt, wie social genöthigt bin. Dagegen darf ich gegen denjenigen, der mir in der Aneignung dieser Sachen zuvorkommt, keine Gewalt gebrauchen. Ein Jäger, der das von einem Anderen verfolgte Wild erlegt, fügt diesem kein Unrecht zu, es steht Jedem

richtet war, die Rechtsstellung des Detentors *als solchen* gegenüber der des Besitzers als *solchen* zu zeichnen. Aus demselben Grunde habe ich bei der folgenden Darstellung der Modification nicht gedacht, welche dieselbe im relativen Detentionsverhältniß dem Besitzherrn gegenüber erleidet, ich werde sie an geeigneter Stelle (XV) berühren.

frei, anderen Personen in der Aneignung besitzloser Sachen zuvorzukommen, selbst wenn es erkenntlich ist, daß ihre Absicht darauf gerichtet war, und ihr räumliches Verhältniß zu ihnen ein näheres war, als das seinige; bis dahin lag in ihrer Person noch kein Besitz-, sondern ein bloßes Raumverhältniß vor, das als solches ohne alle rechtliche Bedeutung ist.

Die Klage. Das generelle, gleichmäßig den Besitz, wie die Detention umfassende Rechtsmittel zum Schutz der Innehabung ist die actio injuriarum[1]). Sie ist an dieselbe Voraussetzung geknüpft, wie die Selbstvertheidigung: Innehabung der Sache, gleichgültig, ob in Form des Besitzes oder der Detention. Wer mir eine Sache, die ich inne habe, zu entreißen sucht, tastet damit meinen in dem Verhältniß zur Sache verwirklichten Willen: d. i. meine Persönlichkeit an, und zum Schutz derselben ist eben die actio injuriarum bestimmt. Bei einer Sache, die ich noch nicht inne habe, sondern mir erst anzueignen gedenke, fällt diese Voraussetzung hinweg, das Recht schützt nicht die bloße Absicht, sondern den verwirklichten Willen.

Zu dieser für jede Gestaltung des Detentionsverhältnisses, die absolute wie die relative, Platz greifende actio injuriarum gesellen sich für gewisse Fälle noch besondere Klagen hinzu, so z. B. für den Pächter und Miether das interdictum quod vi aut clam, für das Detentionsverhältniß an einem locus publicus das interdictum de loco publico fruendo, für die immissi ex primo decreto das zu ihrem Schutz bestimmte Rechtsmittel, für den Erben die Erstreckung der hereditatis petitio auf die vom Erblasser bloß detinirten Sachen (S. 32 Note). Die Vorstellung, daß der Detentor rechtlich schutzlos sei, ist also

1) S. über dieselbe meine Abhandlung in meinen Jahrbüchern, XXIII Nr. VI.

eine gänzlich irrige, auch er genießt den Schutz des Rechts, nur reicht derselbe nicht an den des Besitzers hinan. Letzterem stehen außer den im Bisherigen aufgeführten Schutzmitteln, die ihm mit dem Detentor gemeinsam sind, noch die possessorischen Interdikte zu. Mittelst ihrer ist das Recht, wie sich aus dem Bisherigen ergibt, über die Idee des Schutzes des *Willens* oder der *Persönlichkeit* im Besitzverhältnisse hinausgegangen, zu ihrer legislativen Motivirung muß mithin ein anderer Gedanke angerufen werden. Nach der von mir in meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes entwickelten Idee war es der der Vervollständigung des Eigenthumsschutzes durch erleichterten Beweis (Beweis der bloßen *Thatsächlichkeit* der Eigenthumsstellung.)

Die Erkenntniß, welche wir der bisherigen Ausführung verdanken, ist die von dem rechtlichen Einfluß, den das Recht dem bloßen Willen als solchen zugesteht. Das Besitzverhältniß ist eine That des Willens, die das Recht als solche respectirt, in der es die Macht des Willens als solchen anerkennt und schützt. Auf allen andern Gebieten des Rechts ist der Wille, um die von ihm beabsichtigten Wirkungen zu erzeugen, an die Voraussetzungen gebunden, welche das Recht ihm vorzeichnet, auf dem Gebiete des Besitzes schafft er als solcher eine rechtliche Beziehung zur Sache, der wir den Charakter eines wenn auch noch so schwachen *Rechtsverhältnisses* an derselben nicht aberkennen können. Jedes Verhältniß, an welches das Recht *rechtliche Folgen* knüpft, ist ein *Rechtsverhältniß* [1]).

---

1) Ich beziehe mich auf meine Untersuchungen über den Begriff des Rechts im subjectiven Sinne in meinem Geist des R. R. B. 4, § 60. Einverstanden mit der obigen Charakteristik des Detentionsverhältnisses als Rechtsverhältniß *Bähr* a. a. O., S. 39, 42, nur daß er dafür die moderne Entwicklung des Besitzesschutzes in Bezug nimmt, während sie meiner Ansicht nach bereits für das römische Recht zutrifft.

Das Interesse seiner scharfen Abhebung von dem in rechtlicher Beziehung gänzlich bedeutungslosen bloßen Raumverhältniß ist demnach nicht bloß *sprachlicher* und *begrifflicher*, sondern auch *praktischer* Art.

Wir schließen unsere Betrachtung des Detentionsverhältnisses mit dem Satz ab: das Detentionsverhältniß ist ein mit rechtlichen Wirkungen, nur mit minderen als der Besitz ausgestattetes Verhältniß der Person zur Sache. Auf der Stufenleiter ihrer rechtlichen Beziehungen zur Sache nimmt es die letzte Stelle ein. Die *erste* entfällt auf das Eigenthum und die von ihm abgezweigten jura in re, die *zweite* auf die bonae fidei possessio, die *dritte* auf den Besitz, die *vierte* auf die Detention.

Worauf beruht diese mindere Wirkung des Detentionsverhältnisses gegenüber dem Besitz? Was fehlt ihm, um Besitz zu sein? Darauf soll die folgende Ausführung Antwort ertheilen.

V.

Verhältniß der Detention zum Besitz nach beiden Theorieen.

Was fehlt der Detention, worunter im Folgenden, soweit nicht das Gegentheil bemerkt ist, die relative zu verstehen ist, zum Besitz?

Darauf antwortet die herrschende Lehre: der animus rem sibi habendi oder domini. Der Wille des Detentors ist nicht darauf gerichtet, die Sache für sich, sondern für den Besitzherrn zu besitzen. Der Gegensatz zwischen Besitz und Detention beruht ihr zufolge demnach auf einer verschiedenen Qualification des Besitzwillens. Das Recht hat nur die Consequenz des Willens gezogen, indem es dem Besitzer, der den Besitz will, ihn zuspricht, dem Detentor, der ihn nicht will, ihn abspricht.

Nach meiner Theorie erschöpft sich die Bedeutung des Willens für die Besitzeslehre an demjenigen, was wir bisher (III, IV) gefunden: der Hervorbringung des Besitzverhältnisses in dem von mir zu Grunde gelegten weitern Sinn im Gegensatz zum bloßen Raumverhältniß, die Spaltung desselben in Besitz und Detention kommt nicht mehr auf seine Rechnung, der Besitzwille hat damit nicht das Mindeste zu schaffen, er ist beim Detentor und Besitzer ganz derselbe. Den Grund, warum trotzdem, daß corpus und animus beim Detentor ganz in derselben Weise vorhanden sind, wie beim Besitzer, dennoch

kein Besitz, sondern bloße Detention entstehe, erblickt die Objectivitätstheorie darin, daß das Recht in gewissen Verhältnissen dem an sich vollständig vorliegenden Thatbestande des Besitzes aus praktischen Gründen die Wirkung desselben entzogen hat.

Es giebt Fälle, wo eine Formel erheblich dazu beitragen kann, begriffliche Verhältnisse klar und anschaulich zu machen. Dies scheint mir hier der Fall zu sein, und man möge mir verstatten, dieses Hülfsmittel in Anwendung zu bringen, es wird zugleich den Vortheil bieten, die beiden Momente, auf denen der Unterschied beider Theorieen beruht, mit einem einzigen Buchstaben in Bezug nehmen zu können.

Ich werde den Besitz mit x, die Detention mit y, das corpus mit c, den animus, wie ihn der Subjectivitätstheorie zufolge auch der Detentor haben muß (IV), mit a, das Plus, welches ihr zufolge beim Besitz hinzukommt, mit α, die nach meiner Theorie den Besitz in gewissen Verhältnissen negirende Bestimmung des Gesetzes mit n bezeichnen. Die Formel für die Subjectivitätstheorie würde demnach lauten:

$$x = a + \alpha + c$$
$$y = a + c$$

für die Objectivitätstheorie

$$x = a + c$$
$$y = a + c - n.$$

Sehen wir uns das hierin ausgedrückte Begriffsverhältniß etwas näher an. Beide Theorieen gehen von demjenigen Thatbestande aus, der ihrer gemeinsamen Ansicht nach für jedes Besitzverhältniß ohne Unterschied nöthig ist: a + c. Nach der Objectivitätstheorie aber erzeugt derselbe bereits Besitz, nach der Subjectivitätstheorie nur Detention. Bei beiden erfolgt die Differenzirung des Besitzbegriffs in Besitz und Detention dadurch, daß sich zu diesem Thatbestande noch ein anderes Moment hinzugesellt. Nach der einen ist dasselbe eine nega-

tive Größe: — n, nach der anderen eine *positive*: + α. Jene hat zu ihrem Ausgangspunkt den Besitz, diese die Detention, dort wird durch Hinzutritt des differenzirenden Moments aus Besitz Detention, das Besitzverhältniß steigt von der Stufe, auf der es sich von vornherein befand, *hinab*, hier wird aus Detention Besitz, das Besitzverhältniß steigt von der niederen Stufe zur höheren *hinauf*, die Detention *erhebt* sich zum Besitz [1]). Die dialektische Bewegung des Besitzbegriffs ist also bei beiden die gerade entgegengesetzte, bei der einen erfolgt sie von unten nach oben, vom Minderen zum Höheren, bei der anderen von oben nach unten, vom Höheren zum Minderen.

Die Consequenz für den *systematischen* Aufbau der Besitzeslehre würde darin bestehen, daß die Subjectivitätstheorie die *Besitzeslehre* mit dem Detentionsbegriff beginnen müßte, während die Objektivitätstheorie durch ihre Auffassung des Besitzverhältnisses schon von vornherein den Besitz als Ausgangspunkt vorfindet. Daß jene Methode didaktisch nicht ausführbar ist, wird nicht erst des Nachweises bedürfen, die Darstellung der Besitzeslehre kann, wenn sie eine klare Anschauung gewähren will, nur mit dem Besitz einsetzen und sich dann erst der Detention zuwenden.

Die Momente des Thatbestandes sind von derjenigen Partei zu beweisen, die sich genöthigt sieht, sie in Bezug zu nehmen. Nach der Subjectivitätstheorie gilt dies für den Kläger, der Besitzer zu sein behauptet, hinsichtlich des Moments α, der bloße Nachweis von a + c reicht nur für y, für die Detention aus, zu x gehört noch α d. h. der Kläger hat den Beweis des animus rem sibi habendi zu erbringen. Nach

---

1) So *Savigny*, Recht des Besitzes § 9: der animus des Detentors ist „kein solcher, durch welchen die Detention zum Besitz *erhoben* würde."

der Objectivitätstheorie reicht für x bereits a + c aus, d. h. der Kläger hat seinen Beweis erbracht, wenn er das äußere Dasein des Besitzverhältnisses (III) dargethan hat, Sache des Beklagten ist es, die N e g a t i o n, das — n, in Bezug zu nehmen, d. h. eine der gesetzlichen causae detentionis darzuthun, welche hier dem Thatbestande des Besitzes seine sonstige Wirksamkeit entzieht.

Ist unserer Theorie zufolge x im e i n z e l n e n Fall anzunehmen, soweit n nicht nachweisbar ist, so muß, wenn sie wahr sein soll, ganz dasselbe auch in a b s t r a c t e r Beziehung für die Besitztheorie gelten, d. h. überall, wo das römische Recht sich darüber nicht ausgesprochen hat, ob mit irgend einem Verhältniß zur Sache Besitz oder Detention verbunden ist, haben wir uns für ersteren zu entscheiden. Wir haben damit den wichtigen Satz gewonnen: d e r D e t e n t i o n s- b e g r i f f k a n n f ü r d a s r ö m i s c h e R e c h t k e i n e w e i t e r e G e l t u n g b e a n s p r u c h e n, a l s s i e s i c h a u s d e n Q u e l l e n d a r t h u n l ä ß t. Nach der Subjectivitätstheorie würde in allen diesen p r o b l e m a t i s c h e n Besitzverhältnissen, wie ich sie nennen will, Detention anzunehmen sein; läßt α in concreto oder abstracto sich nicht nachweisen, so tritt ihr zufolge y ein.

Die Anwendung des hier gewonnenen Satzes auf die einzelnen Verhältnisse, für welche diese Voraussetzung zutrifft, behalte ich mir für eine spätere Stelle (XVII: Problematische Besitzverhältnisse) vor.

Im Bisherigen habe ich die Consequenzen entwickelt, welche die beiden Formeln in sich schließen. Von den vier Größen, mit denen sie operiren, sind die ihnen beiden gemeinsamen a und c, soweit es für unsere Zwecke erforderlich war, bereits im Vorhergehenden (III) erörtert worden, während die beiden andern α und n bisher nur kurz berührt worden sind.

Beide bedürfen einer eingehenden Betrachtung. Der ersteren soll dieselbe an späterer Stelle (XIV) zu Theil werden, der zweiten bereits hier.

Wir lassen das relative Detentionsverhältniß, um das es uns allein zu thun ist, eine Zeit lang aus den Augen, um uns dem absoluten zuzuwenden. Es geschieht in einer doppelten Absicht. Zunächst, um an ihm den Nachweis zu erbringen, daß unser zur Zeit noch gänzlich hypothetisches n dem römischen Recht in der That bekannt ist (*historische Evidenz von n*), daß wir mithin in das römische Recht nichts ihm an sich Fremdes hinein tragen, wenn wir unser n auch zur Erklärung des relativen Detentionsverhältnisses verwenden. Sodann, um an der Gestalt, die es an sich trägt, uns seiner Beschaffenheit und Function bewußt zu werden (*Begriffsbestimmung von n*), um das an ihm gewonnene Resultat dann für das relative Detentionsverhältniß zu verwenden.

Res extra commercium können nach römischem Recht nicht besessen werden. Ob bloß dann nicht, wenn der Innehaber diese ihre Eigenschaft kennt, oder auch dann nicht, wenn er sich darüber in Unkenntniß befindet, darüber äußert sich dasselbe nicht, die einzige Stelle unserer Quellen, welche das Verhältniß berührt: die l. 30 § 1 h. t. spricht von dem Fall, daß Jemand eine Leiche auf seinem Grundstück bestattet, wo er mithin weiß oder wissen muß, daß der Platz ein locus religiosus wird, und knüpft daran den Untergang des Besitzes, was sie damit motivirt:

> namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus sicuti hominem liberum.

Die herrschende Lehre nimmt an, daß die Besitzunfähigkeit der res extra commercium *objectiver* Art ist, daß also auf das subjective Wissen oder Nichtwissen nichts ankommt, und

diese Ansicht halte ich für die richtige. Ich werde unten Gelegenheit haben, den Grund, der diese Gestaltung der Sache meines Erachtens nothwendig machte, anzugeben.

Diese Ansicht zu Grunde gelegt, so haben wir damit unser n. Dem Thatbestand des Besitzes wird hier seine sonstige Wirkung entzogen, $a + c$ nach unserer, $a + \alpha + c$ nach der Subjectivitätstheorie erzeugen hier nicht x, sondern y, der Grund kann also nur in dem negativen Faktor n liegen, welcher dem positiven Thatbestande hier seine Wirkung entzieht, es ist ein gesetzliches Besitzhinderniß, welches sich dem Besitz in den Weg stellt. Daß hier y und nicht ein bloßes Raumverhältniß anzunehmen ist, wird nach dem früher Gesagten (IV) keiner Bemerkung bedürfen.

Einen anderen Fall des absoluten Detentionsverhältnisses bietet uns die Inbesitznahme des Grundstückes eines Abwesenden. Bekanntlich dauert hier der Besitz des bisherigen Besitzers zunächst noch fort, und daraus ergibt sich, da eine compossessio plurium in solidum unmöglich ist, daß der Occupant lediglich Detention erhält, und zwar ist dieselbe, da er nicht die Absicht hat, für den Besitzer, sondern für sich selber zu besitzen, als absolute zu bestimmen. Der Thatbestand des Besitzes liegt in seiner Person vollständig vor, nicht bloß das $a + c$ unserer Formel, sondern auch das α der Subjectivitätstheorie: der animus rem sibi habendi, animus domini. Auch hier also ist es wiederum unser n, welches dem Thatbestande des Besitzes seine sonstige Wirksamkeit entzieht.

Zu diesen beiden Fällen des absoluten Detentionsverhältnisses, zu denen ich noch andere hinzufügen könnte, z. B. Tradition des Grundstückes von Seiten des Pächters (Nichtübergang des Besitzes wegen mangelnder possessio vacua), kommt noch ein Seitenstück aus dem relativen Detentionsverhältniß hinzu: die Detention der hausunterthänigen Personen für

den Hausherrn. Auch hier ist das Hinderniß, welches den Besitz ausschließt, nicht subjectiver, sondern objectiver Art, es stellt sich ihrem Besitz selbst dann in den Weg, wenn sie gerechten Grund haben, sich für besitzfähig zu halten, wie z. B. der Haussohn, der die fälschliche Nachricht vom Tode seines Vaters erhalten hat, oder der Sklave, der in einem Testament, dessen Richtigkeit er nicht kennt, zum Erben eingesetzt ist. Ihr Besitzverhältniß behält trotz ihres animus rem sibi habendi seinen Charakter als Detention bei, da der Grund, der ihm diesen Charakter bisher aufprägte: das Gewaltverhältniß fortdauert. Auch hier ist also wiederum nicht das mangelnde α, welches den Besitz ausschließt, sondern unser n: der Rechtssatz, welcher den hausunterthänigen Personen den Besitz abspricht.

Mit diesem häuslichen Detentionsverhältniß sind wir bereits dem contractlichen sehr nahe getreten, und der Gedanke, daß es mit letzterem ganz dieselbe Bewandtniß haben könne, wie mit jenem, d. h. daß wir es auch hier mit einer gesetzlichen Bestimmung zu thun haben, welche dem Innehaber ohne Rücksicht auf seinen animus den Besitz abspricht, um denselben, wie dort dem Hausherrn, so hier dem Besitzherrn zuzuwenden, wird nun nicht mehr als ein von vornherein verfehlter abgelehnt werden können. Ein Weiteres wünsche ich zunächst nicht, es genügt mir, wenn der Leser aus dem Bisherigen die Ueberzeugung gewonnen hat: die Formel $a + b - n = y$, die bisher an drei Detentionsverhältnissen ihre Probe bestanden hat, ist auch für das noch übrige vierte möglich. Ob sie wirklich zutrifft, wird davon abhängen, ob das römische Recht die Consequenzen, welche sie in sich schließt, für das contractliche Detentionsverhältniß anerkannt hat. Dieselben werden unten angegeben werden; sie werden uns als Richtpunkte für unsere demnächstige Untersuchung (XV) dienen.

Im Bisherigen haben wir den ersten Punkt, auf den es

uns zunächst ankam: die historische Evidenz unseres n im römischen Recht erledigt, wir wenden uns nunmehr der genaueren begrifflichen Feststellung desselben zu. An den drei oben aufgeführten Detentionsverhältnissen werden wir uns der charakteristischen Züge unseres n zu bemächtigen versuchen, um seiner Zeit, wenn es sich um die Verwendung desselben für das contractliche Detentionsverhältniß handelt, zu wissen, worauf wir unsere Aufmerksamkeit zu lenken haben werden; die Anschauung, die wir am Sichern gewonnen haben, soll unseren Blick schärfen für die Erkenntniß des Problematischen.

Es sind vier Züge, die ich kurz mit je einem Wort wiedergebe. Unser n ist eine Größe:

1. negativer,
2. positivrechtlicher,
3. praktischer,
4. objectiver Art.

1. Eine negative Größe. Das bedarf dem Obigen nach keiner Ausführung mehr. Eine negative Größe, die in praktischen Dingen einer positiven den Weg vertritt, bezeichnet die Sprache als Hinderniß, und damit haben wir das richtige Wort getroffen, welches mit einem Male die Sache in ein helles Licht rückt, indem es unser n unter einen Gesichtspunkt bringt, der für eine andere Wirkung des Besitzes, die Usucapion, bereits volle wissenschaftliche Anerkennung gefunden hat. Dasselbe, was das Usucapionshinderniß für diese Wirkung des Besitzes zur Folge hat: Ausschließung der Wirksamkeit des im übrigen vollständig vorhandenen positiven Thatbestandes der Usucapion durch einen negativen Factor, bewirkt das Besitzhinderniß, wie wir unser n fortan nennen wollen, für die andere Wirkung desselben: den Besitzesschutz. Das Verhältniß ist bei beiden ganz dasselbe, sowohl in begrifflicher Beziehung wie in processualischer: wer

das Hinderniß behauptet, hat es zu beweisen. Damit sind also beide Erscheinungen mutatis mutandis unter eine und dieselbe Formel: a + c — n gebracht, die Besitzeslehre ist nach beiden Seiten hin harmonisch abgerundet. In beiden Fällen ist es ein und derselbe Gedanke, der dabei zu Tage tritt: Eingreifen des Gesetzes in den Verwirklichungsproceß des von ihm selber zu Grunde gelegten Rechtsbegriffs.

2. Eine positivrechtliche Größe. Durch den soeben hervorgezogenen Vergleich des Besitzhindernisses mit dem Usucapionshinderniß haben wir den Vortheil gewonnen, unsere Betrachtung auf die Usucapion ausdehnen zu können, und es wird sich zeigen, daß alle Züge, die unser n bei dem Besitz an sich trägt, sich auch bei der Usucapion wiederholen.

Der positivrechtliche Charakter des Usucapionshindernisses steht außer Zweifel. In Bezug auf das Besitzhinderniß könnte man ihn für das erste und dritte der oben genannten Verhältnisse damit bestreiten, daß bei ihnen der Grund, der den Besitz ausschließt, begrifflicher Art sei: begriffliche Unfähigkeit der res extra commercium, besessen zu werden, und der hausuntertänigen Personen, zu besitzen. Es ist aber keine Kunst, etwas aus dem Begriff herauszuholen, wenn man es vorher hineingetragen hat. Ich mache mich anheischig, alles begrifflich zu deduciren, auch das Usucapionshinderniß wegen Unfähigkeit der Sache, ich trage die Usucapionsfähigkeit der Sache vorher in den Begriff der Usucapion hinein, dann ist die Ausschließung der Usucapion bei usucapionsunfähigen Sachen begrifflich deducirt. Der Begriff des Besitzes, wie ihn die Sprache erfaßt und wie ihn das Recht zu dem seinigen gemacht hat (III), erfordert objectiv nichts als eine Sache, die man sich aneignen kann, subjectiv nichts als eine Person, die sie sich aneignen kann. Begrifflich ausgeschlossen ist daher der Besitz nur da, wo es an diesen Voraus-

setzungen fehlt; wo sie vorliegen, ist er begrifflich möglich, und wenn er dennoch ausgeschlossen ist, so beruht dies nicht auf dem Begriff, sondern auf gesetzlicher Bestimmung. Als Sachen sind auch die res extra commercium, und als willensfähige Subjecte auch die hausunterthänigen Personen begrifflich besitzfähig; wenn das römische Recht hier den Besitz nicht zuläßt, so ist das eine positive Bestimmung, die aber — und damit berühren wir das dritte Moment unseres n — ihre triftigen praktischen Gründe hat.

3. Eine praktische Größe. Wenn ich dies Moment besonders hervorhebe, so geschieht es selbstverständlich nicht, um hier die triviale Bemerkung zu machen, daß das Recht sich bei den hier in Betracht kommenden Bestimmungen durch praktische Rücksichten hat leiten lassen, sondern, um dieselben darzulegen und dadurch unser n begreiflich zu machen.

Bei dem zweiten der oben (S. 57) aufgeführten Verhältnisse liegt die Sache klar vor. Dem Occupanten wird der Besitz abgesprochen, um ihn dem bisherigen Besitzer zu erhalten. Dasselbe, was die l. 44 § 6 de usuc. (41. 3) vom Wahnsinnigen sagt: ne languor animi damnum etiam in bonis afferat, gilt auch vom Abwesenden: ne absentia damnum etiam in bonis afferat. Dem Abwesenden soll der Besitz ebensowenig verloren gehen wie dem Wahnsinnigen, weder der Fortlauf der Usucapion soll durch jene Occupation unterbrochen, noch auch der Besitzesschutz (Selbsthülfe, Klage) dadurch im Mindesten verkümmert werden. Es ist das Seitenstück zu der Ausschließung der Usucapion gestohlener oder geraubter Gegenstände, das Motiv ist bei beiden ganz dasselbe: Schutz des Berechtigten gegen einen nach Ansicht des Rechts nicht gerechtfertigten Verlust.

Bei den res extra commercium liegt der praktische Grund, warum bei ihnen der Besitz ausgeschlossen ist, nicht

ebenso auf flacher Hand. Es genügt nicht, dafür einfach den von mir an anderer Stelle[1]) ausgesprochenen und begründeten Satz: wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz, in Bezug zu nehmen. Das ist ein Argument, durch das sich nur derjenige täuschen lassen kann, der sich bei Scheingründen beruhigt, welche ihm in der Form des Begriffs entgegengebracht werden. Wenn ich den Eigenthumsbegriff von vornherein so eng fasse, daß nur die res in commercio darunter fallen, und dann noch zwischen Besitz und Eigenthum eine solche begriffliche Verbindung herstelle, daß jenes durch dieses bedingt ist, so ist freilich alles in Ordnung, der Begriff gibt dann den Ausschlag. Aber in Wirklichkeit liegt hinter allem Begrifflichen im Recht der reale, praktische Zweck, der die Rechtssätze, welche der Jurist erst in die begriffliche Form bringt, ins Leben gerufen hat. So auch im vorliegenden Verhältniß. Der praktische Grund, warum das Eigenthum an res extra commercium ausgeschlossen ist, besteht darin, daß sie ihrer Bestimmung erhalten werden sollen, es ist derselbe Gedanke, dem wir soeben in zweifacher Anwendung: bei Ausschließung der Usucapion an gestohlenen und geraubten Sachen und des Besitzes bei Occupation des Grundstückes eines Abwesenden begegnet sind, es ist auch hier unser n, welches sich dem Eigenthum in den Weg stellt. Und ganz dasselbe gilt von dem Besitz an den res extra commercium. Das Recht, das ihn zulassen wollte, würde sich mit sich selber in Widerspruch setzen, es will einmal die Verwendung dieser Sachen für andere Zwecke, als wofür sie bestimmt sind, nicht dulden, und doch würde es sie in Form des Besitzes anerkennen und schützen. In einer von ihm selber gemißbilligten Position darf das Recht Niemanden schützen, weder definitiv (Eigenthumsschutz), noch

---

1) Meine Schrift über den Grund des Besitzesschutzes, S. 145 u. fl.

provisorisch (Besitzesschutz), ein Provisorium ist nur da am Platz, wo der Zustand als rechtlicher wenigstens denkbar ist, was bei den res extra commercium ausgeschlossen ist.

Ganz ebenso verhält es sich mit dem Besitz hausunterthäniger Personen. Auch hier ist es nicht das begriffliche, sondern das praktische Moment, das ihn ausschließt. Wie wenig die Berufung auf den Begriff ausreicht, um ihre Besitzunfähigkeit zu begründen, lehrt das spätere römische Recht, das den Hauskindern Eigenthums- und Besitzfähigkeit zuspricht. Hier vertrugen sich die Begriffe von Besitz und Eigenthum mit dem der hausunterthänigen Person. Wo steht geschrieben, daß Alles, was sie erwerben, mit begrifflicher Nothwendigkeit dem Hausherrn zufällt? Das ist eine der möglichen Gestaltungen des Verhältnisses, aber nicht die einzige, es war die des altrömischen Rechts, das neuere römische und andere Rechte haben sich für eine andere entschieden — wir haben es hier also in der That mit einem positiven Rechtssatz zu thun. Nach der Auffassung der alten Römer vertrug es sich nicht mit der Stellung des Hausherrn, daß die ihm untergebenen Personen ihn vor Gericht fordern konnten. War aber die Klage gegen ihn ausgeschlossen, so damit auch die Annahme von Rechten in ihrer Person; ihnen Rechte einzuräumen, aber den Schutz derselben versagen, wäre widersinnig gewesen, waren die hausunterthänigen Personen klaglos, so waren sie auch rechtlos. Unfähigkeit zu klagen war Unfähigkeit, Eigenthum zu haben und zu besitzen. So wenig wie eine reivindicatio derselben gegen den Hausherrn möglich war, ebensowenig das interdictum uti possidetis, unde vi, utrubi. Vom Standpunkt der Besitztheorie bedeutete aber diese Versagung der Besitzrechtsmittel: hausunterthänige Personen können nicht besitzen (civilis possessio), ihr Besitzverhältniß ist als Detention (naturalis possessio VIII) zu bestimmen.

Damit ist auch für das häusliche Detentionsverhältniß der Beweis erbracht, der mir obliegt, daß nämlich unser n, welches sich hier in Gestalt der hausherrlichen Gewalt dem Besitz entgegenstellt, eine praktische Größe war, d. h. auf Erwägungen der dem Rechtsgefühl des Volks entsprechenden angemessenen Gestaltung des Verhältnisses beruhte.

4. Eine objective Größe. Ich habe nur der Kürze wegen diesen unbestimmten Ausdruck gewählt, um damit den Gegensatz von Gründen, die außerhalb der Person des Detentors liegen (objective), zu denen in seiner Person (subjective) anzudeuten. Nach der Subjectivitätstheorie ist der Grund der Detention subjectiver Art, er liegt in der Person des Detentors: in der Unvollkommenheit seines Besitzwillens. In den drei von uns angegebenen Verhältnissen fällt derselbe aber, wie im Bisherigen dargethan, über seine Person hinaus: im zweiten und dritten ist es das Interesse einer dritten Person, der das Recht den Besitz, dort zu erhalten, hier zuzuwenden gedenkt, im ersten das an keine einzelne Person geknüpfte Interesse der Aufrechterhaltung der socialen Bestimmung der Sachen. Wir können demnach sagen: in allen Detentionsverhältnissen, außer dem noch in Frage stehenden contractlichen, liegt der Daseinsgrund der Detention nicht in ihr selber, sondern in einem Interesse, das ihr fremd ist, kurz ausgedrückt: der Detentionsbegriff ist hier nichts als rechtliche Reflexwirkung.

Daß auch dieser vierte Zug des Besitzhindernisses sich beim Usucapionshinderniß wiederholt, bedarf nicht erst des Nachweises, der Parallelismus zwischen beiden ist mithin ein vollständiger, alle Züge, welche wir von unserm n an jenem nachgewiesen haben, treffen auch für dieses zu.

Damit habe ich die Gestalt gezeichnet, welche unser n in den angegebenen Detentionsverhältnissen an sich trägt, und damit sind die Punkte namhaft gemacht, auf welche wir bei

dem contractlichen Detentionsverhältniß unsere Aufmerksamkeit zu richten haben werden. Unser n würde hier folgende Gestalt annehmen. Dem Detentor wird der Besitz abgesprochen, nicht aus einem in seiner eigenen Person gelegenen Grunde: weil es ihm an dem richtigen Besitzwillen fehlt, sondern im Interesse des Besitzherrn, um diesem die Rechtsstellung des Besitzers zuzuwenden. Da ein Doppelbesitz nicht möglich ist, so wird dadurch das Besitzverhältniß des Detentors, um es mit dem Besitz des Besitzherrn verträglich zu machen, mit Nothwendigkeit zur bloßen Detention herabgedrückt, kurz gesagt: er detinirt, damit ein Anderer besitze, ganz so wie derjenige, welcher sich des Grundstücks eines Abwesenden bemächtigt hat oder wie die hausunterthänige Person. Wie dort der Besitz des Abwesenden, hier der des Hausherrn, so ist im contractlichen Verhältniß der Besitz des Besitzherrn unser n, welches dem Besitzverhältniß des Detentors den Stempel der bloßen Detention aufdrückt.

Daß diese Gestaltung des Verhältnisses möglich ist und zwar nicht bloß vom Standpunkt einer abstracten Besitztheorie, sondern von dem des römischen Rechts aus, d. h. daß sie keinen demselben fremden Gedanken in dasselbe hineinträgt, wird dem Bisherigen nach keiner Ausführung mehr bedürfen, und gerade darin bestand der Zweck und besteht der Werth unserer Betrachtung der obigen drei Detentionsverhältnisse, daß sie diese Möglichkeit begründen sollte und begründet hat. Aber Möglichkeit ist noch keine Wirklichkeit. Was in drei Verhältnissen zutrifft, kann im vierten versagen. Es kommt darauf an, uns bewußt zu werden, woran wir erkennen können, ob das römische Recht wirklich die von uns hier zunächst bloß als mögliche bezeichnete Auffassung des Verhältnisses zu Grunde gelegt hat.

Da gibt es nun eine einfache Probe. Soll der Grund

des contractlichen Detentionsverhältnisses in unserm n: dem Besitz des Besitzherrn gelegen sein, so muß bei fälschlicher Annahme desselben statt Detention Besitz entstehen, und bei späterem Wegfall desselben die Detention sich in Besitz verwandeln, in beiden Fällen ohne Wissen und Wollen des Detentors. Nach der Subjectivitätstheorie muß es in beiden Fällen bei der Detention verbleiben, ein Umschlag derselben in Besitz ohne Wissen und Willen des Detentors ist ein Unding.

Die Consequenz unserer Formel erkennen unsere Quellen für zwei der oben genannten Detentionsverhältnisse ausdrücklich an.

Die erste: Nichtdasein des fälschlich angenommenen n. Zu einer Zeit, wo der Vater bereits in der Fremde gestorben ist, kauft der Haussohn, ohne davon Kunde erhalten zu haben, eine Sache; wie steht es mit seinem Besitzverhältniß? Nach der Subjectivitätstheorie ist ihm der Besitz abzusprechen, da es ihm an dem animus rem sibi habendi fehlt. Nach l. 44 § 4 de usurp. (41. 3) erhält er Besitz: quamvis eum se per errorem esse arbitraretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit. Warum? Das vermeintliche n: die väterliche Gewalt existirt nicht, folglich tritt der Thatbestand des Besitzes in sein volles Recht, statt des angenommenen und gewollten y entsteht x. Dieselbe Consequenz erkennt l. 21 de A. R. D. (41. 1) für den Freien an, der sich fälschlich für einen Sklaven hält: si liber bona fide tibi serviens emerit, ipsius fieri. Das n, welches er fälschlich voraussetzt: die herrschaftliche Gewalt existirt nicht, darum erhält er ganz so wie der Sohn statt der von ihm angenommenen und gewollten Detention Besitz, auf seinen abweichenden animus kommt nichts an.

Die zweite Consequenz: Verwandlung der Detention in Besitz bei Wegfall des Besitzhindernisses.

Wir haben oben gesehen, daß der Grund, warum der Occupant des Grundstückes eines Abwesenden nur Detention erhält, in der Rücksicht auf die Erhaltung der Rechtsstellung des bisherigen Besitzers gelegen ist. Das Gesetz hat diesem damit die Befugniß gewähren wollen, seinen Besitz thatsächlich zu behaupten. Macht er davon Gebrauch, so ist derselbe nie untergangen, die Usucapion nicht unterbrochen worden. Wie aber, wenn er davon keinen Gebrauch macht? Dann hat er damit den Besitz animo aufgegeben[1]), und die Folge davon ist, daß die Detention des Occupanten sich nunmehr in Besitz verwandelt. Dies ergibt sich vom Standpunkt des justinianischen Rechts daraus, daß Justinian in l. 11 C. unde vi (8. 4) dem bisherigen Besitzer das interdictum unde vi gewährt, während die römischen Juristen, da keine vis gegen die Person vorlag, es versagten. Da dasselbe eine Dejection voraussetzt, so ist damit gesagt, daß der Occupant, der bisher nur Detentor war, Besitzer geworden ist, diese Veränderung mit seinem Besitzverhältniß ist aber vorgegangen, ohne daß sich in seiner Person etwas geändert hätte, sie ist lediglich dadurch bewirkt worden, daß der bisherige Besitzer seinen Besitz aufgegeben hat, d. h. daß das n in seiner Person hinweggefallen ist. Daß die römischen Juristen die Sache ebenso angesehen haben werden, halte ich für unzweifelhaft.

Zu diesem dem neuen Recht angehörigen Fall füge ich noch einen des ältesten römischen Rechts hinzu. Unser Satz, daß y mit Wegfall des n sich in x verwandelt, verschafft uns die Möglichkeit einen Rechtssatz des ältesten römischen Rechts zu begreifen, der bisher eine Erklärung noch nicht gefunden hat.

Es ist der Satz, daß die usucapio pro herede lucrativa

---

1) l. 25 § 2 h. t. . . . animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem. l. 3 § 8, l. 7 h. t.

bei Dasein von sui heredes ausgeschlossen war[1]). Bei heredes extranei war sie oder richtiger die Occupation erbschaftlicher Sachen mit der Wirkung der usucapio pro herede selbst dann noch möglich, wenn dieselben die Erbschaft bereits angetreten, sich aber noch nicht in Besitz gesetzt hatten[2]). Es war demnach nicht die Herrenlosigkeit, sondern die Besitzlosigkeit der erbschaftlichen Sachen, welche wenn auch nicht den Grund, so doch die Voraussetzung dieses seltsamen Occupationsrechtes bildete[3]).

Daraus ergibt sich, daß man bei Vorhandensein von sui heredes die erbschaftlichen Sachen nicht als besitzlose angesehen haben kann, daß man den Hauskindern vielmehr mit dem Tode des Vaters wie Eigenthum so auch Besitz zugesprochen haben muß. Aber wie vereint sich dies mit dem Satz, daß es zum Besitzerwerb der Apprehension bedarf, und daß davon auch zu Gunsten des Erben keine Ausnahme gemacht ward (S. 30)? Einfach dadurch, daß die sui sich bereits thatsächlich im Mitbesitz (in possessione esse)[4]) der Sachen befanden. Der Wegfall

1) Gaj. II 58, III 201 spricht vom necessarius heres (der Zusatz suo in der ersten Stelle ist von Huschke gegen die Autorität der Handschrift in den Text aufgenommen worden, s. die Ausgabe von Studemund), worunter auch der im Testament eingesetzte Sklave fallen würde, l. 2 Cod. pro hered. (7. 29) dagegen sagt ausdrücklich: suis existentibus heredibus. Hat Gajus sich ungenau ausgedrückt, oder ist die Codexstelle als Rescript dem concreten Fall angepaßt worden? Ich lasse die Frage hier, wo sie mich nicht interessirt, dahingestellt, aber aufgeworfen werden muß sie jedenfalls, und es wärenicht unmöglich, daß dasselbe, was von Hauskindern, auch von Sklaven galt, da auch sie sich thatsächlich in possessione der hausherrlichen Sachen befanden, und durch Hinzutritt der Freiheit und des Eigenthums auch bei ihnen der im Text besprochene Umschlag des Detentionsverhältnisses in Besitz vor sich gehen konnte.

2) Gaj. II 52, Paul. S. R. II 11 § 31, l. 1 § 15 Si is, qui test. (47. 4), l. 2 § 1 Exp. her. (47. 19).

3) l. 1 § 15 Si is, qui test. (47. 4). Scaevola ait: possessionis furtum fieri, denique, si nullus sit possessor, furtum negat fieri.

4) S. darüber unten (VIII).

unseres n (väterliche Gewalt), das bisher ihrem Besitz im Wege gestanden hatte, hatte zur nothwendigen Folge, daß ihr Detentionsverhältniß sich in Besitz verwandelte. Eines äußeren Aktes der Apprehension oder auch nur der Willenserklärung bedurfte es dazu ebensowenig als in den beiden soeben mitgetheilten Fällen [1]). Unsere Ausführungen über das Erforderniß der Apprehension bei Sachen, die sich bereits in unserer Herrschaftssphäre befinden (S. 29), stehen damit nicht in Widerspruch, denn sie beziehen sich auf den Fall der Verwandlung des bloßen Raumverhältnisses in ein Besitzverhältniß, hier dagegen handelt es sich um Verwandlung der Detention in Besitz, und wie diese bekanntlich auch sonst ohne äußern Akt durch bloße Veränderung der causa juris erfolgen kann (traditio brevi manu), so auch hier, es wäre sinnlos gewesen vom suus einen besonderen Akt zu verlangen, um das zu constatiren, was sich von selber verstand, daß er fortan statt zu detiniren besitzen wolle [2]).

Der hier entwickelten Ansicht, wodurch ein Satz des älteren Rechts, in dem man bisher eine Singularität zu erblicken gewohnt gewesen ist, seine befriedigende Erklärung findet und mit der Regel, daß nur der Besitz die usucapio pro herede ausschließt, in Einklang gebracht wird, dieser Ansicht könnte man entgegensetzen, daß man doch unmöglich dem altrömischen Volk die Einsicht in die logisch zwingende Macht unseres n zutrauen könne. Gewiß nicht! Aber dessen bedarf es auch nicht. Wir

---

1) Nach der herrschenden Ansicht würde es dessen bei ihnen bedurft haben, s. z. B. Puchta, Cursus der Institutionen II § 239 Note ff.: „Bei dem necessarius fällt niemals Besitzerwerb und Erwerb des Erbrechts zusammen, da der letztere ipso jure geschieht.“

2) Ebenso verwandelt sich der Pfandbesitz des zum Erben eingesetzten Pfandgläubigers nach l. 88 de acq. her. (29. 2) in Eigenthumsbesitz: licet nihil attingat hereditarium, s. über diese Stelle meine Vermischten Schriften S. 5 ff.

stellen uns ganz auf den Boden der naiven römischen Volksanschauung. Jeder Römer wußte, daß die Kinder rechtlich nicht des Eigenthums fähig waren, in Hinblick auf die thatsächliche Gestaltung des Verhältnisses im Leben aber betrachtete man sie gleichwohl bereits bei Lebzeiten des Vaters als Miteigenthümer[1]), und selbst die Juristen scheuten sich nicht, diese Auffassung in Bezug zu nehmen. Auch das Besitzverhältniß der Kinder im Hause war selbst dem gemeinen Mann kein Geheimniß, er wußte, daß es nicht Besitz im Rechtssinn (civilis possessio), sondern nur im natürlichen Sinn (naturalis possessio) war (VIII). In diesem Sinn aber konnte man den Kindern an den Sachen des Vaters wie Miteigenthum, so auch Mitbesitz zusprechen. War er abwesend und hatte er sie im Hause zurückgelassen, so waren sie es, welche an seiner Stelle den Besitz behaupteten. Nun stirbt er. Soll es da noch erst eines besonderen Aktes für sie bedürfen, um sich den Besitz anzueignen? Auf einen solchen Gedanken hätte nur ein spitzfindiger Jurist gerathen können, der von der ungesunden Idee ausgegangen wäre, daß der Umschlag des Detentionsverhältnisses in Besitz durch einen äußeren Akt bekundet werden müsse, der naiven Anschauung des Volkes lag eine so künstliche Erfassung des Verhältnisses sicherlich fern, ihr genügte es, daß thatsächlich das Besitzverhältniß in der Person der Kinder bereits existirte, und es wird ihr wohl nicht zu schwer geworden sein, den Gedanken zu fassen, daß nunmehr die naturalis possessio sich in eine civilis possessio verwandle. Weit entfernt also, daß wir unser n heranziehen müßten, um es der altrömischen Volksanschauung unterzuschieben und auf diese Weise die Gestalt, welche sie der Sache gegeben hat, zu er-

1) S. die Zeugnisse dafür in meinem Geist des R. R. B. 2 Aufl. 4 S. 211 Anm. 234. Hier sind auch die im Text in Bezug genommene Aussprüche der Juristen angeführt.

klären, so dient gerade umgekehrt letztere dazu, uns einen Beleg für die praktisch zwingende Nothwendigkeit der von uns behaupteten Gestalt der Sache zu gewähren. Das altrömische Volk hat in seinem gesunden Takt dasjenige getroffen, was die von uns aufgestellte Formel für Besitz und Detention mit sich bringt: Wegfall des n in der für letztere aufgestellten Formel $y = a + c - n$ stellt den Thatbestand für $x = a + c$ her, d. h. das Detentionsverhältniß des Haussohnes verwandelte sich mit dem Tode des Hausvaters ipso jure in Besitz.

Noch eines andern Einwandes habe ich zu gedenken. Die obige Ansicht, daß die Detention der Hauskinder sich mit dem Tode des Hausvaters in Besitz verwandle, hat zur Voraussetzung, daß sie wirklich detinirt haben, dies fällt hinweg bei Kindern, die in diesem Moment abwesend waren oder als gänzlich willensunfähig nicht detiniren konnten, ihnen gegenüber hätte mithin die usucapio pro herede Platz greifen müssen. Der Einwand operirt mit einem Gesichtspunkt, der nicht selten das richtige Verständniß der Rechtsinstitute erschwert hat, dessen Ungrund sich aber leicht nachweisen läßt. Der Gesetzgeber kann die Voraussetzungen, durch welche er sich zur Aufstellung eines Rechtsatzes leiten läßt, zu B e d i n g u n g e n desselben erheben, ganz so wie die Privatperson bei ihren Willensakten, die Bedingung bietet das Mittel, den Motiven einen maßgebenden Einfluß auf das Rechtsgeschäft zu verleihen. Unter dieser Voraussetzung tritt wie die individuelle so auch die legislative Disposition nur da in Wirksamkeit, wo die Voraussetzungen derselben vorhanden sind. Aber der Gesetzgeber b r a u c h t sich dieser Form nicht zu bedienen, es verbleibt ihm die Möglichkeit, den Momenten, die ihn zu dem Rechtssatz bestimmten, lediglich den Einfluß von gesetzgeberischen M o t i v e n für seine Bestimmung zuzugestehen. Unter dieser Voraussetzung ist die Geltung des Rechtssatzes von deren Dasein im einzelnen Fall

unabhängig, der Gesetzgeber hat sich gedacht: regelmäßig werden sie vorhanden sein, und im Interesse der leichteren Anwendung des Rechtssatzes lege ich diese regelmäßige Gestaltung des Verhältnisses zu Grunde, die Ausnahmsfälle nehme ich mit in den Kauf [1]). So hat z. B. das römische Recht sich nicht verhehlt, daß einzelne Individuen denjenigen Grad der Characterreife und Lebenserfahrung, den es bei Festsetzung der Altersstufe der Volljährigkeit im Auge hat, bereits früher erreichen können, und mittelst des Instituts der venia aetatis hat es selber darauf Bedacht genommen, den Unzuträglichkeiten der generellen Bestimmung für diese Fälle vorzubeugen, aber durch diese Erwägung hat es sich gleichwohl und aus guten Gründen nicht abhalten lassen, dem Rechtssatz eine generelle Fassung zu geben.

Ganz ebenso verhält es sich im obigen Fall. Das alte Recht ist bei Ausschließung der usucapio pro herede im Fall der sui heredes von der Annahme ausgegangen: regelmäßig befinden sie sich im Mitbesitz des väterlichen Erbes, und dieser thatsächliche Besitz verwandelt sich mit dem Tode des Vaters in juristischen, wer in das Haus kommt, um dort Sachen zum Zweck der usucapio pro herede in Besitz zu nehmen, wird sofort inne werden, daß die Voraussetzung der Besitzlosigkeit, an welche dieselbe geknüpft ist, nicht zutrifft. Was aber von dem regelmäßigen Fall gilt, hat auch von dem exceptionellen zu gelten, wo das Kind abwesend oder noch infans ist.

Durch die bisherige Ausführung glaube ich die Realität der beiden Consequenzen, welche unser Begriff des Besitzhindernisses in sich schließt: bei fälschlicher Annahme desselben Besitz, bei Wegfall desselben Verwandlung der Detention in Besitz für

---

1) l. 10 de legib. (1. 3) . . . sufficit ea quae plerumque accidunt contineri.

verschiedene Anwendungsfälle dargethan zu haben. Werden diese beiden Consequenzen oder wird auch nur eine derselben in unsern Quellen für das contractliche Detentionsverhältniß, von dem im Bisherigen noch nicht die Rede war, anerkannt, so ist damit die Richtigkeit unserer Formel: $y = a + c - n$ für dasselbe erwiesen. Ohne nun der spätern Darstellung (XV) im Uebrigen vorzugreifen, mache ich gleich hier eine Entscheidung der Quellen namhaft, welche dieselbe außer allen Zweifel setzt.

Es pachtet Jemand ein Grundstück, das in Wirklichkeit sein eigenes ist, während er selber den Verpächter für den Eigenthümer hält.

Nach der Subjectivitätstheorie müßte er Detention erhalten, da seine Absicht darauf gerichtet ist, das Grundstück für den Verpächter zu besitzen, nach l. 21 de usuc. (41. 3) erhält er Besitz. Warum? Der Pachtcontract ist nichtig: quia dominus suam rem conduxisset, und in Folge davon nimmt auch das Besitzverhältniß nicht diejenige Gestalt an, die es bei Gültigkeit desselben an sich getragen hätte, der Verpächter, der bisher den Besitz hatte, verliert ihn: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem possessor retinuerit, obschon sowohl sein animus, wie der des Pächters, auf Aufrechterhaltung desselben gerichtet war — der bloße subjective Wille ist machtlos, die objective causa juris entscheidet. Die Rücksicht, in der unserer obigen Ausführung (S. 61) zufolge unser n seinen Grund hat: Erhaltung der Rechtsstellung des Besitzers durch Herabsetzung des Besitzverhältnisses des thatsächlichen Inhabers auf bloße Detention fällt hier, wo dieselbe dem Eigenthum des Pächters gegenüber ungerechtfertigt sein würde, hinweg, damit ist n beseitigt, und der Thatbestand $a + c$ tritt in volle Wirksamkeit.

Im Bisherigen war die Rede von der Consequenz, welche das negative Moment unseres n (S. 59) für das contract-

liche Detentionsverhältniß in sich schließt: Umschlag desselben in Besitz bei fälschlicher Annahme oder bei späterem Wegfall desselben. Ich wende mich den drei anderen Momenten zu.

Das positivrechtliche. Auch dafür gibt es eine einfache Probe. Der Leser soll sie selber bestehen. Ich führe ihm zwei Personen vor mit der Angabe, daß die eine von ihnen Besitzer, die andere Detentor ist, der Leser soll die Entscheidung treffen, wer von ihnen Besitzer, wer Detentor ist, wobei ich voraussetze, daß er die Formel der Subjectivitätstheorie: der Wille, für sich zu besitzen, erzeugt Besitz, der für einen Andern zu besitzen, Detention, unbefangen zur Anwendung bringe, d. h. sich dessen, was er über die positive Gestaltung des Besitzverhältnisses beider Personen im römischen Recht weiß, entschlage.

Die eine dieser Personen ist der Stellvertreter, der den Auftrag erhalten hat, für einen Andern Besitz zu erwerben, oder der Vormund, der dies für den Mündel thun will, die andere der Pächter. Die Zeit, zu der sie auftreten, ist der Anfang der Kaiserzeit: Also wer von ihnen ist Besitzer, wer Detentor? Wer wird da noch zweifeln? wird man sagen. Der Stellvertreter und der Vormund sind Detentoren; der Pächter ist Besitzer, denn jene haben die Absicht, die Sache für einen Andern zu erwerben, dieser, sie für sich selber zu haben. Wir legen die Frage den Juristen vom Anfang der Kaiserzeit vor; was antworten sie? Die beiden erstgenannten Personen sind Besitzer [1]), die zweitgenannte Detentor, also gerade das Entgegengesetzte von dem, was die Anwendung der Subjectivitätstheorie mit sich bringen würde! Der Schluß, den ich daran knüpfe, ist: unser n ist nicht logischer, sondern positivrechtlicher Art, die Frage: ob in einem contractlichen oder quasicontractlichen (Vormund) Besitzverhältniß Besitz oder De-

1) Der Nachweis folgt später.

tention anzunehmen sei, läßt sich nicht a priori auf dem Wege einer sich in das Wesen des Besitzwillens vertiefenden Speculation bestimmen, sondern ist eine rein historische Frage.

Zu demselben Ergebniß führt uns auch die Thatsache, daß ein und dasselbe contractliche Verhältniß je nach Umständen in dem einen Fall mit Besitz, in dem andern mit Detention verbunden ist, so der Pachtcontract für den Zeitpächter mit Detention, für den Erbpächter mit Besitz; so das Depositum für den gewöhnlichen Depositar mit Detention, für den Sequester mit Besitz [1]), so auch das Mandat, nachdem der directe Besitzerwerb durch Stellvertreter zugelassen war, für den directen Stellvertreter mit Detention, für den indirecten (Ersatzmann, wie ich ihn nenne) mit Besitz, und die Subjectivitätstheorie selber kann nicht umhin hier dies positivrechtliche Moment anzuerkennen, sie gesteht ein, daß in den beiden ersteren Verhältnissen (von dem dritten nimmt sie keine Notiz) ebenso wie in den andern Fällen des abgeleiteten Besitzes der Besitz sich mit ihrem leitenden Gesichtspunkt: der Logik des Besitzwillens nicht verträgt. In allen diesen Verhältnissen hat, wie sie selber einräumt, der Inhaber ganz denselben animus, und doch hier Besitz, dort Detention.

Damit hat die Logik ihr Unvermögen dargethan, die Gestaltung, welche das römische Recht in diesen Fällen dem Besitzverhältniß gegeben hat, zu erklären, sie muß einräumen und hat eingeräumt, daß die Geschichte ihr hier den Weg vertritt. Sie gleicht einem Schuldner, welcher nicht im Stande ist, alle seine Schulden zu bezahlen; einen Theil macht er sich anheischig zu bezahlen, in Bezug auf die übrigen erklärt er seine Insufficienz. Im Leben nennt man das Banquerotterklärung

---

1) Ob schlechthin, wie ich später (XV) hoffe begründen zu können, oder nur bedingt, wie die herrschende Lehre annimmt, gilt hier gleich.

— verhält es sich in der Wissenschaft anders? Die Subjectivitätstheorie scheidet die Fälle, über die sie nicht Rede und Antwort zu stehen vermag, von vornherein aus, indem sie dafür die Kategorie des abgeleiteten Besitzes aufstellt. In meinen Augen um nichts besser, als wenn der Schuldner im obigen Fall die Rechnungen, die er nicht bezahlen kann, in ein Bündel zusammenschnürt und zur Seite legt — die Thatsache, daß er sie nicht zahlen kann, wird dadurch keine andere. „Abgeleiteter Besitz" ist das Fascikel ausgestellter Wechsel, von denen die Subjectivitätstheorie selber einsieht und einräumt, daß sie dieselben nicht einlösen kann. Ob sie nun die übrigen, in Bezug auf die sie sich es zutraut, wirklich einzulösen vermag? Wir werden es seiner Zeit (XIV) sehen, dort wird es sich zeigen, daß sie es nicht vermag, die Geldstücke, mit denen sie ihre Schuld abzutragen gedenkt, vertragen die Probe nicht.

An Stelle der Logik, welche ihren Verbindlichkeiten nicht nachzukommen vermag, setzt das n unserer Formel die Geschichte, d. i. die positivrechtliche Bestimmung. Der Beweis, daß sie es ist, auf welche wir den Detentionsbegriff und die Anwendung, welche das römische Recht ihm in den verschiedenen Verhältnissen gegeben hat, zurückzuführen haben, würde schon durch die bloße Negation erbracht sein, daß die Logik es nicht ist, denn Rechtssätze, welche die juristische Deduction sich außer Stand sieht aus allgemeinen Principien zu gewinnen, erweisen sich eben damit als positive. Aber bei dieser nackten Thatsache des Positiven, obschon sie ja an sich ausreichte, wollen wir uns nicht beruhigen, wir gedenken vielmehr uns der Gründe bewußt zu werden, welche die Römer veranlaßt haben, mit gewissen Verhältnissen lediglich Detention zu verbinden. Damit berühren wir das dritte Moment unseres n.

Das praktische Moment. Für die drei seiner Zeit

betrachteten Detentionsverhältnisse ist es bereits oben (S. 61 fl.) nachgewiesen: ich übernehme die Verpflichtung, ganz dasselbe auch hinsichtlich des contractlichen Detentionsverhältnisses zu thun (XV. Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses). Dabei werde ich meinen Blick nicht auf letzteres beschränken, sondern auch diejenigen Fälle zur Vergleichung heranziehen, in denen das römische Recht Besitz statt Detention eintreten läßt. Besitz und Detention sollen uns hier den werthvollen Dienst leisten, ihren Daseinsgrund gegenseitig in ein helleres Licht zu setzen. Die Antwort, welche die Detention auf die Frage nach ihrem Warum, d. i. nach den praktischen Erwägungen, Rücksichten, welche für sie maßgebend waren, ertheilt, wird uns klar machen, warum sie in den Fällen des abgeleiteten Besitzes keinen Raum finden konnte, und umgekehrt die Antwort, welche diese auf das Warum des Besitzes ertheilen, die Versagung des Besitzes in den Detentionsfällen begreiflich machen.

Auf diesem Wege werden wir zu der Erkenntniß gelangen, daß es ein und derselbe Gedanke ist, der hier die Detention, dort den Besitz hervorgetrieben hat, derselbe Gedanke, der nach meinen Ueberzeugungen alle Dinge in der Menschenwelt geschaffen hat: der praktische Zweck. Ihn an die Stelle des Begriffs setzen, der hier so lange sein Unwesen getrieben, die formalistische Betrachtungsweise, welche sich hier bisher allein versucht und mit dem Eingeständniß geendet hat, daß sie das Räthsel, das der Gegensatz der Detention und des abgeleiteten Besitzes von ihrem Standpunkt aus in sich schließt, nicht zu lösen vermag, durch die realistische ersetzen, welche nicht bloß dies Räthsel löst, sondern der gerade jene Verschiedenheit der Gestaltung des abgeleiteten Besitzverhältnisses die erwünschte Gelegenheit bietet sich hier wie überall als diejenige zu erweisen, der es allein gelingt, das Verständniß des Rechts zu erschließen — das ist der Zweck dieser Schrift. Für denjenigen,

dessen Auge in der Nebelatmosphäre der bisherigen Theorie seine Sehkraft noch nicht gänzlich eingebüßt hat, oder der nicht, wie es ja Manche gibt, den Nebel dem Licht vorzieht, weil er ihm die Möglichkeit gewährt, die ihm das Licht abschneidet: ungehindert sich ergehen zu können, ohne inne zu werden, daß er irre, — für denjenigen soll und wird diese Schrift das Licht bringen, das ihn die wahre Gestalt dieses Stückes der römischen Besitzeslehre erkennen läßt, den Uebrigen wird sie einen dankbaren Stoff bieten, ihren Scharfsinn an dem Nachweise zu erproben, daß blauer Dunst Wirklichkeit und Wirklichkeit blauer Dunst sei.

Das vierte noch übrige Moment unseres n: das objective erfordert in Anwendung auf das contractliche Detentionsverhältniß einen doppelten Beweis. Den negativen: daß die Detention nicht in einem subjectiven Moment in der Person des Detentors, d. i. nicht in der eigenthümlichen Willensbestimmung desselben, wie es die Subjectivitätstheorie behauptet, ihren Grund hat — er wird bei der Kritik des animus domini erbracht werden (XII). Den positiven: daß hier, ebenso wie in dem zweiten und dritten unserer obigen Detentionsfälle das Interesse des Besitzherrn es ist, welches in der Person des Detentors die Detention bedingt oder, um uns unserer früheren Wendung zu bedienen: daß er detinirt, damit jener besitze, — er wird bei der Teleologie des Besitzes (XV) erbracht werden.

Damit habe ich die Consequenzen, welche meine für den Detentionsbegriff aufgestellte und für die drei oben berührten Detentionsverhältnisse als zutreffend nachgewiesene Formel: $y = a + c - n$ für das contractliche Detentionsverhältniß in sich schließt, dargelegt und damit die Punkte namhaft gemacht, auf welche die Objectivitätstheorie ihre Aufmerksamkeit zu richten haben wird.

Im Folgenden soll ganz dasselbe hinsichtlich der Subjectivitätstheorie geschehen, d. h. es sollen diejenigen Punkte namhaft gemacht werden, welche unsere Kritik derselben ins Auge zu fassen haben wird. Zu dem Zwecke lasse ich die Subjectivitätstheorie vor den Augen des Lesers sich aufbauen, indem ich alle einzelnen Sätze, die sie aufzustellen genöthigt ist, in streng logischer Folge aneinander reihe. Ich habe mir meine Aufgabe dabei so gedacht, als ob ich selber von ihrer Richtigkeit aufs Vollkommenste überzeugt wäre und keinen höheren Wunsch hätte, als sie in möglichst überzeugender Weise zu begründen.

VI.

Dialektischer Aufbau der Subjectivitätstheorie — Plan der Untersuchung.

Was ist mit der Aufgabe, die wir uns hier stellen, gemeint? Nicht die einfache Wiedergabe der Subjectivitätstheorie; ich habe den Kern derselben bereits beim Beginn unserer Untersuchungen (Nr. II) angegeben, und soweit einzelne dort nicht berührte Punkte in Frage kommen, werde ich sie an geeigneter Stelle in Betracht ziehen. Meine Absicht ist vielmehr darauf gerichtet, den logischen oder dialektischen Aufbau der Subjectivitätstheorie dem Leser zur Anschauung zu bringen. Es ist nicht selten, daß bei wissenschaftlichen Deductionen einzelne minder wichtig erscheinende Mittelglieder übersprungen werden, und dies ist auch im vorliegenden Fall geschehen, die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie haben sich nicht alle die einzelnen Sätze, deren sie bedurften, um zum Ziel zu gelangen, zum Bewußtsein gebracht. Dies soll von mir im Folgenden nachgeholt werden. Ich habe mir zu dem Zweck aufs genauste den Weg vergegenwärtigt, den ich, wenn ich selber die Subjectivitätstheorie zu begründen hätte, einschlagen müßte. Es ist der der streng logischen Deduction, bei der ein Glied sich an das andere reiht, keine Lücke gelassen, kein Mittelglied übersehen, kein Sprung gemacht wird. Das ganze logische Ge-

füge der Subjectivitätstheorie soll dem Leser klar vor Augen geführt werden. Nicht darauf also habe ich es abgesehen darzulegen, was die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie gedacht haben, sondern was sie hätten denken müssen, wenn sie ihre Theorie streng logisch begründen wollten. Die Arbeit, die ich darauf verwandt habe, wird sich bezahlt machen bei der Widerlegung der Theorie (XV), jeder der einzelnen Sätze soll dort einer Kritik unterworfen werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß ich es im Folgenden nicht auf eine s. g. dogmengeschichtliche Entwicklung der Lehre abgesehen habe. Soweit die literarhistorische Seite derselben für meine Zwecke von Interesse ist, werde ich derselben an anderer Stelle (XII) gerecht werden, an der gegenwärtigen kümmert es mich nicht, wie die Theorie sich literarhistorisch gebildet hat, sondern ich halte mich einfach an die fertige, abgeschlossene Gestalt, die sie in der heutigen Wissenschaft an sich trägt.

Wir lassen sie vor unseren Augen sich aufbauen. Die einzelnen Bausteine, die sie zum Bau verwendet, sollen nummerweise unterschieden werden.

1) Nachweis des animus rem sibi habendi in den Quellen.

In l. 1 § 20 h. t. [1]) spricht Paulus dem Stellvertreter den Besitz aus dem Grunde ab: cum non habeat animum

---

1) Unbegreiflicherweise hat Savigny da, wo er den animus domini zuerst einführt (§ 9), von dieser Stelle, der einzigen, welche des Erfordernisses eines besonderen animus für den Besitz gedenkt, keinen Gebrauch gemacht und statt ihrer die l. 18 pr. in Bezug genommen, welche zwar bemerkt: nec idem est possidere et alieno nomine possidere, allein davon, daß der Gegensatz auf eine Verschiedenheit des animus zurückzuführen ist, nicht die mindeste Erwähnung thut, sie verträgt sich vollkommen mit der Objectivitätstheorie, dieser Stelle würde die Subjectivitätstheorie nie entnommen worden sein.

possidentis. Damit hat die Subjectivitätstheorie alles, was sie begehrt: den Satz, daß es zum Besitz eines anderen animus bedarf, als zur Detention, es kommt nur darauf an, den Unterschied zwischen beiden festzustellen.

2) Den sicheren Anhaltspunkt dafür gewährt uns das Verhältniß, in dem Paulus den animus possidentis vermißt: das des Stellvertreters. Der Stellvertreter hat die Absicht, für den Principal den Besitz zu erwerben, für sich selber will er nichts, er stellt, wie Paulus sich ausdrückt, jenem nur seine Dienste zur Verfügung (ea mente, ut operam duntaxat suam accommodaret), folglich besteht der animus possidentis in der Absicht, für sich zu besitzen, derjenige, dem es daran fehlt, kann nicht Besitz, sondern nur Detention erhalten. Der animus possidentis läßt sich demnach wiedergeben als animus rem sibi habendi.

3) Damit ist der Schlüssel zum Verständniß der Detention gewonnen. Tritt sie beim Stellvertreter ein, weil es ihm am animus possidentis fehlt, so sind wir berechtigt, in allen anderen Fällen, wo das römische Recht Detention eintreten läßt, denselben Grund anzunehmen: der Detentor hat nach römischem Recht nicht den animus possidentis. Der Einwand, daß Pächter, Miether, Commodatar die Sache nicht im Interesse des Gebers: ut operam duntaxat suam accommodarent, sondern im eigenen Interesse erhalten, braucht uns nicht zu beirren, denn damit, daß sie die Sache für sich haben wollen, verträgt sich vollkommen, daß sie den Besitz für den Geber haben können, man muß nur die Sache oder besser die reale Verwendung derselben für ihre Zwecke von dem Besitz, dessen es für letztere gar nicht bedarf, genau trennen. Den Besitz haben sie nicht für sich, sondern für den Geber, ihr Verhältniß in dieser Beziehung ist juristisch nichts als das der Ausübung eines fremden Besitzes. Das selbstnützige De-

tentionsverhältniß trägt in Bezug auf den Besitz ganz denselben Charakter an sich wie das prokuratorische: *Stellvertretung im Besitz*.

4) Das Gemeinsame aller abgeleiteten Detentionsverhältnisse besteht darin, daß der Detentor die Sache nur *vorübergehend* innehaben will. Damit ist ein wichtiges Moment zur Bestimmung des Gegensatzes innerhalb des Besitzwillens gewonnen, es ist das der Richtung desselben auf *dauerndes* oder auf *vorübergehendes* Haben. Der regelrechte Besitzer (wobei wir von den Fällen des abgeleiteten Besitzes zunächst absehen) will die Sache *dauernd, für immer* haben. Darnach würde sich also der Wille des *Besitzers* als der auf *dauerndes*, der des *Detentors*, als der auf *vorübergehendes* Haben der Sache gerichtete bestimmen lassen.

5) Mit diesem Gegensatz hängt wiederum aufs engste ein anderer zusammen. Der Detentor leitet sein Besitzverhältniß von einem Andern ab, dem er sich verpflichtet, die Sache demnächst zurück- oder herauszugeben, den er also als *Berechtigten über sich* anerkennt. Die Detention charakterisirt sich demnach als ein vom Detentor selbst anerkanntes *rechtliches Abhängigkeitsverhältniß*.

Allerdings kann auch der Besitzer mittelst der possessorischen Interdicte rechtlich gezwungen werden, die Sache dem Eigenthümer oder dem früheren Besitzer herauszugeben, aber seine *Absicht* — und in Bezug auf die Qualification des Besitzwillens kommt es ja lediglich auf sie an — ist darauf gerichtet, sie demselben vorzuenthalten, er erkennt letzteren thatsächlich nicht als Berechtigten an. Im Besitz liegt die *Prätension der Selbständigkeit, Unabhängigkeit*, in der relativen Detention das *Zugeständniß der Unselbständigkeit, Abhängigkeit* des Besitzverhältnisses.

6) Der Prototypus dieser beabsichtigten Selbständigkeit des eigenen dauernden Habens, der Unabhängigkeit des Besitzverhältnisses von einer anderen Person ist das Eigenthum, und wie uns das Eigenthum in Bezug auf die objective Seite des Besitzes den fruchtbarsten Gesichtspunkt zur richtigen Bestimmung des Besitzbegriffs an die Hand gibt, so nach der subjectiven Seite hin zur richtigen Bestimmung des Besitzwillens. Letzterer ist gerichtet auf thatsächliche Behauptung der Eigenthumsstellung, Besitzer ist derjenige, welcher, wenn er auch nicht Eigenthümer ist, sich doch als solcher gerirt, der, wenn er auch nicht als Eigenthümer besitzt oder zu besitzen glaubt, doch wie ein Eigenthümer, nach Art des Eigenthümers die Sache inne zu haben gedenkt. Der zutreffende Ausdruck für diesen seinen Willen ist animus domini, er entspringt dem von Theophilus (II 9, 4. III 29, 2) dafür gebrauchten Ausdruck *ψυχὴ δεσπόζοντος*. Mit dieser Formulirung ist das Problem des Besitzwillens gelöst, er läßt sich in kürzester Fassung wiedergeben als Prätention der Eigenthumsstellung oder in etwas breiterer als Absicht des dauernden, selbständigen, von jeder dritten Person unabhängigen Habens der Sache nach Art des Eigenthümers.

7) Bei consequenter Durchführung dieses Willensbegriffs hätte auch in den Fällen des abgeleiteten Besitzes Detention angenommen werden müssen, da auch bei ihnen ein Verhältniß vorübergehender Innehabung vorliegt, in dem der Innehaber einen Andern als Berechtigten über sich anerkennt, von dem er seine Befugniß ableitet, und dem er die Sache nach beendetem Verhältniß zurückzugeben sich anheischig gemacht hat. Wenn das römische Recht hier Besitz eintreten läßt, so liegt darin eine Anomalie, die durch historische oder praktische Gründe veranlaßt ist. Gleichwohl aber läßt sich auch für dies

Verhältniß ein Gesichtspunkt aufstellen, der es dem juristischen Denken zugänglich macht. „Als Recht, wie Savigny sich ausdrückt (§ 9), ist der Besitz der Veräußerung fähig, und deswegen kann der eigentliche, ursprüngliche Besitzer das Recht des Besitzes auf denjenigen übertragen, welcher für ihn das Eigenthum ausübt.“

Als eine durch positive Bestimmung aufgestellte Ausnahme von der Regel ist dies Verhältniß nur für diejenigen Fälle anzunehmen, wo es in den Quellen ausdrücklich anerkannt worden ist.

Zu diesen Sätzen, in Bezug auf welche die meisten Vertheidiger der Subjectivitätstheorie übereinstimmen, füge ich noch folgenden hinzu, zu dem sich zwar nur einige derselben bekennen, der aber in Wirklichkeit erst die Krönung des Gebäudes enthält, da er nur die letzte Consequenz der dem Willen für die Gestaltung des Besitzverhältnisses zugestandenen Bedeutung zieht, es ist der schon früher (S. 14) berührte.

8) Soweit das Recht kein Hinderniß in den Weg stellt, kann der Innehaber durch Aenderung seines Besitzwillens dem vorhandenen Besitzverhältniß eine andere Gestalt geben, der Verkäufer z. B. durch die Erklärung, daß er die verkaufte Sache fortan im Namen des Käufers besitzen wolle, sich zum Detentor und jenen damit zum Besitzer machen.

Damit ist die Aufgabe, die wir uns gesetzt hatten, gelöst, wir haben die Subjectivitätstheorie bei ihrem Bau begleitet, das Gebäude entstehen sehen, und wir würden nunmehr, um ein Urtheil über die Richtigkeit dieser Theorie zu gewinnen, die einzelnen Bausteine, die sie zu demselben verwandt hat, einer Prüfung zu unterwerfen haben. Ich glaube dieselbe jedoch nicht darauf beschränken zu sollen, es wäre ja möglich, daß einige sie nicht bestehen würden, ja daß sogar die ganze Theorie sich als unrömisch erweisen würde, dennoch aber denselben Werth

beanspruchen könnte wie manche andere Theorieen auf dem Gebiete unserer heutigen Rechtswissenschaft: den einer selbständigen Schöpfung der modernen Jurisprudenz. Mit dem Worte unrömisch allein lassen sich derartige Neubildungen, wenn sie im Uebrigen eine Lebensberechtigung haben, nicht abthun, die heutige Jurisprudenz darf und muß sich dasselbe Recht vindiciren, das die römische in so reichem Maße ausgeübt hat — zu bauen, und es wäre nicht das erste Mal, daß sie einer Lehre eine Vollendung gegeben hätte, die ihr in der römischen Jurisprudenz abging. Aus diesem Grunde werde ich meine Kritik der Subjectivitätstheorie nicht bloß darauf beschränken, ob sie quellenmäßig begründet ist, was, wie sich später (XV) zeigen wird, zu verneinen ist, sondern ich werde sie nach allen Richtungen und Seiten, die für sie überhaupt in Betracht kommen können, einer Prüfung unterziehen. Ich werde drei Maßstäbe an sie anlegen, die ich hier vorläufig kurz als den *logischen*, *praktischen* und *historischen* bezeichne.

Der *logische*. Er hat die Richtigkeit des soeben geschilderten dialektischen Aufbaus derselben zum Gegenstand, die Frage, ob das Fundament, auf dem sie ihr Gebäude errichtet hat, ein sicheres, festes ist, ob die einzelnen Bausteine sich als tadellos erweisen und ob sie ohne Lücken ineinander gefügt sind, kurz es ist die *innere Kritik* der Subjectivitätstheorie von ihrem eigenen Standpunkt aus. Dabei soll die Frage, ob sie für das römische Recht *dogmatische Wahrheit* beanspruchen kann, gänzlich umgangen werden, es ist lediglich der Gesichtspunkt der *formalen logischen Correctheit*, unter dem ich sie zu beurtheilen gedenke. Möglich, daß sie in dieser Beziehung die Probe besteht und dennoch keine dogmatische Geltung beanspruchen kann, möglich auch, daß sie dieselbe nicht besteht, gleichwohl aber in ihrem Endresultat das Richtige getroffen hat.

Der praktische. Er soll sie auf ihre praktische Brauchbarkeit prüfen, wobei wiederum die Frage von ihrer sonstigen Beschaffenheit: ihrer logischen Correctheit und dogmatischen Wahrheit gänzlich dahingestellt bleibt. Wir legen sie dem Richter vor, damit er sie zur Anwendung bringe, um zu erkunden, ob sie sich dazu eignet, und nicht minder dem Gesetzgeber, um uns Klarheit darüber zu verschaffen, ob ihre Annahme seinerseits sich vom legislativ-politischen Standpunkt aus rechtfertigen würde. Würde ein heutiger Gesetzgeber bei der legislativen Regelung des Besitzinstituts wohl thun, die herrschende Theorie zu adoptiren?

Der historische. Alles, was im Recht Geltung hat, muß sie irgend einmal erlangt haben. Davon wollen wir die Anwendung auf die Subjectivitätstheorie machen, indem wir uns der Voraussetzungen bewußt werden, die dazu gehörten, damit sie bei den Römern ins Leben treten konnte. Zu dem Zwecke vergegenwärtigen wir uns die Entwicklungsgeschichte des Detentionsbegriffs in derjenigen Gestalt, wie sie vom Standpunkte der Subjectivitätstheorie aus, wenn sie selber sich ihrer auch nicht bewußt geworden ist, sich abgespielt haben muß.

Die angegebenen drei Maßstäbe werde ich nicht in der hier gewählten Reihenfolge zur Anwendung bringen. Rücksichten der Darstellung bedingen für mich eine andere Anordnung, die ich hier, um den Leser über den Gang der folgenden Untersuchung zu orientiren, mittheile.

Ich beginne mit der historischen Probe der Subjectivitätstheorie (VII). Dieselbe wird mit dem Ergebniß abschließen, daß der Gegensatz zwischen Besitz und Detention unmöglich der Anschauung der Römer von der Zweispältigkeit des Besitzwillens entnommen sein kann, wie es der Subjectivitätstheorie zufolge hätte der Fall sein müssen. Dies negative

Ergebniß gibt mir den Anlaß, die Frage nach der Entstehung des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention meinerseits ins Auge zu fassen und zu beantworten (VIII).

Dann wende ich mich der praktischen Probe zu, welche in der Anlegung zweier Maßstäbe bestehen wird: des processualischen, welcher die Beweisfrage (IX.) und des legislativ-politischen, welcher ihre legislative Brauchbarkeit zum Gegenstande hat (X.)

Den Schluß soll bilden die innere Probe der Subjectivitätstheorie. Ich schicke ihr jedoch noch eine andere voraus: die didaktische Probe (XI.) und eine knappe literargeschichtliche Betrachtung (XII Ein Blick auf die Literargeschichte). Sie selber ist gerichtet auf zwei Punkte. Zuerst auf den Ausspruch des Paulus, der sie ins Leben gerufen hat (XIII), nicht, um darzuthun, daß derselbe keine dogmatische Wahrheit beanspruchen kann, was einer späteren Stelle (XV) vorbehalten bleibt, sondern um zu zeigen, was Paulus mit seinem Ausspruch bezweckte, und wie er dazu gelangt ist. Sodann auf den dialektischen Aufbau der Subjectivitätstheorie, wobei die Richtigkeit und Schlüssigkeit der oben unter 2—7 aufgeführten Sätze einer Prüfung unterzogen werden soll (XIV).

Erst dann folgt der Nachweis, daß die Subjectivitätstheorie mit unseren Quellen sich nicht in Uebereinstimmung befindet. Er wird erbracht werden durch die positive Begründung meiner eigenen Theorie. Gelingt sie mir, so ist damit zugleich die Unrichtigkeit der Subjectivitätstheorie dargethan. Dieser positive Theil meiner Aufgabe wird sich auf folgende Punkte richten: quellenmäßige Begründung der Objectivitätstheorie (XV), Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses (XVI), problematische Besitzverhältnisse (XVII), Endergebniß für Theorie und Praxis (XVIII).

VII.

Die historische Probe der Subjectivitätstheorie.

Wir vergegenwärtigen uns die Voraussetzungen, welche die Subjectivitätstheorie in Bezug auf die historische Entstehung des Gegensatzes von Besitz und Detention in sich schließt. Soll derselbe dogmatisch in der Verschiedenheit des Besitzwillens seinen Grund haben, so ist damit in geschichtlicher Beziehung ausgesagt, daß er darin seinen Ursprung gehabt habe, concret ausgedrückt: die Römer haben den Gegensatz zwischen Besitz und Detention der Anschauung von der Zwiespältigkeit des Besitzwillens entnommen, sie haben erkannt, daß dieser begriffliche Gegensatz logisch den von Besitz und Detention postulirt, es ist die zwingende Kraft des Begriffes gewesen, der sie sich gefügt, der Begriff, dem sie die Ehre gegeben haben, kurz gesagt: der Begriffszwang hat in Rom praktisch die Spaltung von Besitz und Detention ins Leben gerufen.

Die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie haben sich diese Consequenz ihrer Lehre nicht klar gemacht. Wie an der processualischen (IX) und an der legislativ-politischen Seite (X), so sind sie auch an der historischen eilenden Fußes vorübergegangen. Hätten sie dieselbe ins Auge gefaßt, sie würden inne geworden sein, welche Bedenken sich der obigen Annahme entgegenstellen.

Selbst wenn die Wahrheit, um die es sich im vorliegenden Fall handelt, zur Zahl derjenigen gehören würde, welche, einmal erkannt, eine so überzeugende Kraft in sich schließen, daß kein Denkender sich ihnen entziehen kann, und die niemals wieder verloren gehen, eine andere Frage ist, ob diese Wahrheit bereits von den Römern in alter Zeit erkannt worden ist? Auch die Wahrheiten haben abzuwarten, bis ihre Zeit gekommen ist, der menschliche Geist erkennt sie erst allmälich, und wenn dies, wie die Geschichte lehrt, selbst von den einfachsten Geboten des Sittengesetzes gilt, die wir heutzutage uns gewöhnt haben als angeborene sittliche Wahrheiten zu betrachten, wenn es Zeiten gegeben hat, wo sie ebenso wenig erkannt worden sind, wie die Wahrheiten der Mathematik oder die Gesetze des Weltalls, um wie viel mehr wird dies von den rein juristischen gelten, die lediglich die zwingende Kraft des Begriffes für sich anführen können. Die Einsicht in ihre Unabweisbarkeit den alten Römern zumuthen, heißt ihnen eine Anschauungsweise in rechtlichen Dingen beilegen, welche, so geläufig sie auch uns heutigen Juristen erscheinen mag, doch in Wirklichkeit nichts als die Frucht eines langen juristischen Denkens ist. Sie den Römern in alter Zeit zuschreiben, bedeutet: nicht aus praktischen Gründen haben sie bald Besitz, bald Detention angenommen, sondern um des Begriffes willen. Sie haben sich die Frage vorgelegt: welches Besitzverhältniß sollen wir dem Diebe und Räuber zuerkennen, und darauf die Antwort ertheilt: den Besitz, denn Beide haben den animus domini. Auch dem Pächter, Miether, Commodatar, Mandatar? Bei Leibe nicht, denn ihnen fehlt es am animus domini. So hätte mithin eine speculative Vertiefung in das Wesen des Besitzwillens die alten Römer zu der Einsicht in die theoretische Unabweisbarkeit von Besitz und Detention geführt und sie, von den Fällen des abgeleiteten Besitzes abge-

sehen, wo sie unverantwortlicher Weise aus der Rolle gefallen sind und sich durch unberechtigte praktische Motive haben bestimmen lassen, die Consequenz des Willensbegriffs hintenanzusetzen, bei dem praktischen Ausbau der ganzen Lehre geleitet.

Ich stelle es der Wahl des Lesers anheim, in welche Zeit er diese Leistung der Begriffsjurisprudenz im alten Rom verlegen will: in die Zeit der XII Tafeln, vorher, nachher. Wenn die Anschauung von der Zwiespältigkeit des Besitzwillens und die Einsicht in die für die verschiedene Gestaltung des Besitzverhältnisses daran sich knüpfende Folge dem römischen Volk nicht etwa von allem Anfang an angeboren war, so muß es irgend eine Zeit gegeben haben, wo dasselbe sich dieser Einsicht *noch nicht* erfreute, wo demnach Besitz und Detention noch nicht unterschieden wurden, vielmehr *alle* Personen, die eine Sache inne hatten, *entweder* als Detentoren *oder* als Besitzer behandelt worden sein müssen, d. h. wo allen der Besitzesschutz entweder zuerkannt oder abgesprochen ward. Zur Zeit der XII Tafeln war, wie die Bestimmung derselben über die Ertheilung der Vindicien bezeugt, der Besitzesschutz bereits vorhanden, d. i. der Begriff des Besitzes praktisch erfaßt und ausgeprägt. Ob man nun vor oder nach den XII Tafeln dazu gelangt ist, das bloße Detentionsverhältniß vom Besitz zu unterscheiden, jedenfalls muß dies irgend einmal geschehen sein und zwar zufolge der Subjectivitätstheorie nicht aus praktischen Erwägungen, sondern lediglich auf Grund der Einsicht in die Verschiedenheit des Besitzwillens. Das Volk hatte bis dahin in aller Naivität auch im Pächter einen Besitzer erblickt, jetzt trat ein Jurist auf, der auf Grund seiner speculativen Untersuchungen über das Wesen des Besitzwillens zur Erkenntniß gelangt war, daß es dem Pächter am richtigen Willen fehle, und der das Volk eines Bessern belehrte —, das Volk erkannte

den Begriffszwang an, und fortan galten Pächter, Miether u. s. w. nur noch als Detentoren.

Für den unerschrockenen Begriffsjuristen hat diese Annahme nichts Widerstrebendes. Wenn die Römer den Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest nach der bekannten Ansicht von Huschke und Lassalle[1]) auf speculativem Wege gewonnen haben, warum nicht auch den Unterschied zwischen Besitz und Detention? Die alten Römer sind eben ein Volk von so eminent speculativer Begabung gewesen, daß Hegel bei ihnen hätte in die Schule gehen können — die nüchternen, praktischen Römer, deren ganzes Wesen, Wollen, Denken in praktischen Dingen aufging!

Doch es mag darum sein: Appius Claudius oder Corruncanius haben gedacht wie Huschke und Lassale, sehen wir zu, ob sie mit ihren speculativen Deductionen beim römischen Volk Erfolg haben. Sie deduciren: der Mandatar kann keinen Besitz erhalten, denn es fehlt ihm am animus possidentis — die Deduction von Paulus (S. 81). Seltsam! Das römische Volk hat für die Wahrheit keine Ohren: der Mandatar bekommt Besitz! Erst in der Kaiserzeit nach Zulassung der direkten Stellvertretung beim Besitzerwerb ist das geändert worden. Das alte Recht kannte keine Stellvertretung, und davon machte es auch für den Besitzerwerb keine Ausnahme, der beabsichtigte Erfolg mußte auf mittelbarem Wege erreicht werden. Der Mandatar erwarb Besitz und Eigenthum in eigener Person und es bedurfte eines besonderen Traditionsaktes, um beide auf den Mandanten zu übertragen. Also Besitz bei Vorhandensein der Absicht, für einen Andern zu erwerben. Damit ist aber in Wirklichkeit der Idee von dem bestimmendem Einfluß

1) Ich habe mich darüber ausgesprochen in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 19 fl.

des Besitzwillens auf das Besitzverhältniß der Todesstoß versetzt. Der Gedanke, daß die Absicht, für einen Andern zu besitzen, eine besondere Form des Besitzverhältnisses bedinge — die Grundidee der ganzen Subjectivitätstheorie, die wir seiner Zeit in ihrer ganzen Irrigkeit erkennen werden —, hat sich vom historischen Standpunkt aus mit nichten bewährt, das ältere Recht trägt keine Bedenken, auch in diesem Fall den Besitz zuzuerkennen.

Ich könnte hiermit die historische Probe, der ich die Subjectivitätstheorie zu unterwerfen gedachte, abschließen. Die Unterstellung, daß die altrömischen Juristen auf dem Wege einer speculativen Vertiefung in das Wesen des Besitzwillens dahin gelangt seien, den Unterschied von Besitz und Detention aufzustellen und ihn dementsprechend in den einzelnen Verhältnissen zur Geltung zu bringen, ist eine so geradezu thörichte und unsinnige, daß darüber kein Wort weiter verloren zu werden braucht, und sie wird zudem durch das soeben dem Mandatsverhältniß entnommene Argument auch positiv widerlegt. Die Römer müssen auf anderem Wege zur Erkenntniß und zur Verwerthung des Gegensatzes von Besitz und Detention gelangt sein, es kann nur das praktische Motiv gewesen sein, das sie dabei geleitet hat. Aber selbst dies angenommen, bleibt die Aufstellung des Gegensatzes immerhin noch eine so gewaltige Leistung des juristischen Abstractionsvermögens, daß ich nach allem, was ich von der altrömischen Jurisprudenz weiß, nicht verstehen würde, wie sie dieselbe hätte vollbringen können, wenn ich nicht in dem Besitzverhältniß der hausunterthänigen Personen (VIII) den Fall entdeckt hätte, in dem der Detentionsbegriff den Römern von allem Anfang an klar vor Augen lag, so daß es nur der Uebertragung desselben auf andere Verhältnisse bedurfte, in denen derselbe praktisch als angemessen erschien. Den eminenten Werth, den dieser den

römischen Juristen ohne Mühe und ohne all ihr Zuthun in den Schooß gefallene feste Ausgangspunkt für die wissenschaftliche Erkenntniß und praktische Verwerthung des Detentionsbegriffs in Anspruch nehmen kann, glaube ich nicht besser ins Licht stellen zu können, als indem ich die außerordentlichen Schwierigkeiten, welche sich der Gewinnung desselben auf originärem Wege entgegenstellten, auseinandersetze.

Dem in der Schule des römischen Rechts groß gewordenen Juristen ist der Gegensatz zwischen Besitz und Detention ein so vertrauter geworden, daß er ihn wie so vieles Andere einfach als etwas Selbstverständliches, Natürliches entgegennimmt, ohne sich der großen Schwierigkeiten bewußt zu werden, welche sich seiner Aufstellung entgegensetzen. Er macht es darin nicht anders, als jeder von uns in Bezug auf die Anschauungen, Begriffe, die wir als fertige von unsern Vorfahren überliefert erhalten haben. Es ist schon viel, wenn wir uns bewußt werden, daß sie nicht von allem Anfang an da gewesen, sondern irgend einmal *geworden* sind, und selbst für die Wissenschaft bildet die Geschichte des *Werdens* der Ideen, Anschauungen, Begriffe hinsichtlich mancher Gebiete des menschlichen Denkens ein noch kaum beschriebenes Blatt. Aber dazu, uns außer dem Proceß des *Werdens* auch noch die *Schwierigkeiten* desselben zu vergegenwärtigen, erheben wir uns kaum je — ist das Kind da, so vergißt die Mutter sehr bald die Geburtswehen.

Es wird paradox erscheinen, wenn ich diese Schwierigkeiten in Bezug auf die Erfassung des begrifflichen Gegensatzes von Besitz und Detention sehr hoch veranschlage und darin eine der beachtenswerthesten Leistungen der juristischen Abstraction erblicke. Was bedeutet dieselbe, wird man mir einwenden, gegenüber den Meisterstücken des juristischen Scharfsinns, an denen die spätere Jurisprudenz so reich ist, z. B. der

Lehre von der Untheilbarkeit der Obligationen, dem Accrescenz-recht bei Miterben und Collegataren? Ich antworte darauf ein Doppeltes. Einmal gehören diese Lehren der Periode der vollkommen entwickelten Jurisprudenz an, sie bilden die feine Stuccaturarbeit, welche ihr nachzuholen übrig blieb, nachdem die ältere Jurisprudenz das Haus fertig gestellt hatte, das Aufkommen des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention dagegen fällt zweifellos in eine frühe Zeit (VIII). Und so-dann bewegen jene Leistungen sich ganz ausschließlich auf dem Boden des Abstracten, es werden hier nur Begriffe, die bereits gewonnen waren, bis in ihre feinsten Verzweigungen verfolgt — inventis facile est addere! Aber der Schauplatz, auf dem der Vorgang im andern Fall spielt, ist ein gänzlich anderer Boden, er ist der des Sinnlichen, und hier han-delt es sich darum, sich erst von der Macht des Sinnlichen frei zu machen.

Das Sinnliche bildet den historischen Ausgangspunkt des Uebersinnlichen, wie auf allen Gebieten, so auch auf dem des Rechts. In besonderer Anwendung auf das altrömische Recht habe ich dies in meinem Geist des römischen Rechts (B. 3 § 43) gezeigt, es ist dort der Nachweis erbracht, wie die derb-sinnliche oder materialistische Anschauungsweise alle Begriffe und Institute der alten Zeit beherrscht. Erst der späteren Zeit gelang es sich von diesen Banden der grobsinnlichen An-schauungsweise allmählich zu befreien und sich zu einer über-sinnlichen spiritualistischen Anschauungsweise zu erheben, und wir haben oben (S. 28) bereits gesehen, wie dieser Forschritt sich auch auf dem Gebiete des Besitzes vollzogen hat. Gerade auf diesem Gebiete war er mit den größten Schwierigkeiten verbunden, was ich nicht genug betonen kann. Denn der Besitz ist im Unterschiede von allen anderen Instituten auf das realistische Dasein des Verhältnisses gestellt, alle andern Begriffe

können das sinnliche Element ausscheiden und haben es im Lauf der Entwickelung gethan, aber dem Besitz bleibt dasselbe seiner ursprünglichen Anlage, seinem Wesen nach immanent, es bildet ein Begriffsmoment seiner selbst, und nirgends sind daher die Schwierigkeiten, sich den Umklammerungen der Sinnlichkeit zu entziehen und dem Verhältniß eine von der *äußeren Erscheinung unabhängige Gestalt* zu verleihen, so groß wie hier.

Damit ist der Gesichtspunkt gewonnen, um die Bedeutsamkeit des Fortschrittes des juristischen Denkens, der sich mit der Aufstellung des Gegensatzes von Besitz und Detention vollzog, zu würdigen — es ist die Vollbringung der *Abstraction von der sinnlichen Erscheinung*. Vom Standpunkt der sinnlichen Auffassung aus stellen sich Pächter, Miether u. s. w. als Besitzer dar, und diejenigen, auf deren Namen sie besitzen, als Nichtbesitzer. Dieses natürlich-sinnliche Verhältniß wird vom Recht auf den Kopf gestellt: die Personen, welche thatsächlich *besitzen*, besitzen *nicht*, diejenigen, welche *nicht* besitzen, *besitzen*.

In diesem Licht betrachtet erscheint mir der Gegensatz als eine der hervorragendsten Leistungen des juristischen Abstractionsvermögens, welche die Jurisprudenz aufzuweisen hat. Zu dieser Abstraction aber — und damit gebe ich meine Ansicht über die Entwickelungsgeschichte des Detentionsbegriffs im römischen Recht wieder — hat sich die römische Jurisprudenz nicht erhoben auf dem Wege des spontanen juristischen Denkens und aus eigener Initiative, sondern der Gegensatz ward ihr fertig entgegen gebracht durch ein Verhältniß, bei dem sie sich selbst beim besten Willen der Wahrnehmung desselben nicht entziehen konnte: *das Besitzverhältniß der hausunterthänigen Personen*. Ob sie sonst je den Begriff der

Detention aufgestellt und nicht vielmehr einen andern Weg eingeschlagen haben würde, um den praktischen Interessen, die mittelst seiner befriedigt wurden, gerecht zu werden, ist mir sehr fraglich, jedenfalls aber würde sie sonst sicherlich ungleich später dazu gelangt sein.

VIII.

Die geschichtliche Entwickelung des Detentionsbegriffs.

Es ist eine Erscheinung, die sich in der Geschichte des Rechts außerordentlich häufig wiederholt, daß Gedanken, welche auf einer vorgerückten Entwickelungsstufe desselben eine allgemeine Geltung behaupten, ursprünglich zuerst in lokalisirter Gestalt, d. h. bei einem einzelnen Verhältniß zu Tage getreten sind, bei dem, sei es das Bedürfniß nach ihnen besonders dringend, sei es die Erfassung und Gestaltung derselben relativ am leichtesten war. In meinem Geist des römischen Rechts (B. 3 Aufl. 4 S. 338), wo diese Erscheinung einer genaueren Betrachtung unterzogen und durch eine Reihe von Beispielen veranschaulicht worden ist, habe ich diese Verhältnisse als die *historischen Durchbruchspunkte des Abstracten* bezeichnet und die Gründe zu ermitteln versucht, welche gerade sie *dazu* besonders geeignet machten. Für die Entwickelungsgeschichte des Rechts behauptet diese Lokalisirung des Allgemeinen, der man vom Standpunkt einer ungeschichtlichen Betrachtung aus den Vorwurf der Unvollkommenheit, der Unbeholfenheit des Rechts machen könnte, einen außerordentlich hohen Werth. Auch die Gedanken des Rechts bedürfen der Zeit, um auszuwachsen und zu Kräften zu kommen, ganz wie die lebenden Wesen, jene scheinbare *Unvollkommenheit*

ist in Wirklichkeit relative Vollkommenheit, d. h. für diese bestimmte Entwickelungsstufe eben das Richtige. Gerade die bescheidene Gestalt, in der sie auf dieser Stufe zuerst auftreten, und die Beschränktheit ihres Geltungsgebietes ermöglicht es ihnen, sich auf dem von ihnen eingenommenen engen Raum vollständig einzurichten und auszuleben. Es ist die Versuchsstation des Rechts, auf der die allgemeinen Gedanken desselben ihre Probe bestehen, und auf der erst die Erfahrungen gesammelt werden müssen, um sie demnächst mit Sicherheit auf andere Verhältnisse zu übertragen, und schließlich zur ganz allgemeinen Geltung zu erheben. Auch für die Jurisprudenz ist diese anfängliche Beschränktheit des Gedankens von hohem Werth. Sie bietet ihr die Gelegenheit, ihrerseits mit aller Sicherheit dasjenige zu beschaffen, was ihr obliegt: den Gedanken zunächst in der beschränkten Gestalt, die ihm der Gesetzgeber verliehen, nach allen Seiten hin zu durchdenken und ihm die entsprechende juristische Form zu verleihen. In dieser, wenn auch noch so beschränkten, aber scharf umrissenen und völlig ausgebildeten Gestalt macht sich das juristische Denken mit ihm vertraut, lebt sich in ihn ein, und wie es denn nach meiner Ueberzeugung kein dem Concreten zugewandtes Denken gibt, das nicht hinter dem Concreten, wenn auch in noch so dunklem Hintergrunde das Abstracte bereits hinter sich hat, — schon das erste Denken im Menschen: das des Kindes enthält ein unbewußtes Generalisiren und Abstrahiren, ein Denkzwang, ohne den die Erlernung der Sprache von Seiten des Kindes gänzlich unbegreiflich wäre — so führt auch die beschränkte Gestalt des Gedankens das juristische Denken, wenn es sich an ihn gewöhnt hat, mit Nothwendigkeit dahin, den Horizont über sie hinaus zu erweitern. Dann ist der Moment für die Frage gekommen: warum diese Beschränktheit? ist sie praktisch gerechtfertigt? er-

fordert und verträgt der Gedanke nicht vielmehr eine Erweiterung auf andere Verhältnisse oder gar eine unbeschränkte Generalisirung? So bahnt das Concrete dem Abstracten den Weg, indem es, wenn die Zeit für diese Frage gekommen, dem juristischen Denken, worunter ich die gesammte an der Entwickelung des Rechts sich betheiligende geistige Thätigkeit, gleichmäßig die des Gesetzgebers wie der Theorie und der Praxis verstehe, den Anstoß gewährt, den Gedanken von seiner ursprünglichen beschränkten historischen Erscheinungsform zu entbinden.

Nicht überall sind wir in der Lage, den ursprünglichen beschränkten historischen Ausgangspunkt des Allgemeinen nachzuweisen und das allmähliche Wachsen des Gedankens an der Hand historischer Zeugnisse zu verfolgen. Auf der von ihm erreichten schließlichen Höhe liegen alle die Verhältnisse, für die er Geltung behauptet, neben- und durcheinander, ohne daß sie uns darüber Auskunft geben, ob und welches historische Nacheinander unter ihnen stattgefunden hat. In dieser Lage müssen uns die Erfahrungen, welche wir an historisch beglaubigten Fällen gemacht haben, aushelfen. Lehren sie uns, daß die abstracte und complicirte Gestalt stets die spätere ist, so werden wir ganz dasselbe auch in solchen Fällen anzunehmen haben, wo dieser Nachweis positiv nicht zu erbringen ist, es ist die Autorität der inneren Chronologie, welche hier die der äußeren zu ersetzen hat. Auch wenn wir über das Altersverhältniß der Rustical- und der Urbanalservituten, des Sachen- und des Rechtsbesitzes, des regulären (an specifisch bestimmten Sachen) und irregulären (an generisch bestimmten Sachen) Nießbrauchs, Depositums, Pfandrechts u. s. w. nichts wüßten, man müßte von der Art, wie sich das Recht entwickelt, gar keine Vorstellung haben, um nicht zu wissen, daß in allen diesen Fällen die erstere Form die ältere, die zweite die jüngere ist. Dem Städter ging in Rom der Landwirth voraus, darum die

Rusticalservitut der Urbanalservitut. Den natürlichen Ausgangspunkt des Sachenrechts bildet überall die Sache, alle Verhältnisse desselben sind zuerst an ihr entwickelt worden, so auch der Besitz, an ihr mußte der Begriff desselben erst erfaßt und ausgebildet worden sein, um auf das Recht übertragen werden zu können. Ebenso verhält es sich mit dem Gegensatz der specifischen und generischen Bestimmung der Sachen in den auf Rückgabe derselben gerichteten Obligationsverhältnissen — den natürlichen und zugleich regelmäßigen Gegenstand des Verhältnisses bildet nicht die abstract, sondern die concret bestimmte Sache.

Von dem Gesagten soll im Folgenden die Anwendung auf das relative Detentionsverhältniß gemacht werden. Wie sind die Römer dazu gelangt? Haben sie dasselbe von vornherein in derselben Allgemeinheit erfaßt, die es im späteren Recht an sich trägt, oder ist es ein bestimmtes einzelnes Verhältniß gewesen, das sie erst mit demselben vertraut gemacht hat, und von dem sie es dann auf andere Verhältnisse übertragen haben?

Es gibt Fragen, die man nur zu stellen braucht, um der Antwort sicher zu sein. Hätte unsere Jurisprudenz dies in Bezug auf die obige gethan, ich bin überzeugt, sie hätte die richtige Antwort längst gefunden, denn für denjenigen, der sich die zwei Verhältnisse, die hier zur Auswahl stehen, vergegenwärtigt, ist sie mit Händen zu greifen. Das eine ist das Detentionsverhältniß, welches in der häuslichen Gewalt seinen Grund hat: Detention der Kinder und Sklaven für den Hausherrn (häusliches Detentionsverhältniß), das andere, welches seinen Grund hat in einem Contract: Detention der Pächter, Miether, Commodatare u. s. w. (contractliches Detentionsverhältniß). Ich werfe nun die Frage auf: welches von beiden ist das ältere? Kinder und Sklaven sind

in Rom von jeher dagewesen, während Pächter, Miether, Commodatare, Mandatare u. s. w. sich erst später eingestellt haben. Beide Arten des relativen Detentionsverhältnisses (S. 3): das procuratorische wie das selbstnützige waren für die erstgenannten Personen mit Nothwendigkeit gegeben. Jenes, wenn der Hausherr abwesend war, denn da waren sie es, die den Besitz für ihn behaupteten, dieses selbst im Fall seiner Anwesenheit in Bezug auf alle Sachen, die er ihnen zum persönlichen Gebrauch eingeräumt hatte, — diese Sachen hatten sie für sich selbst, nicht für ihn.

Wie weit liegt von diesem mit dem römischen Hauswesen selber gegebenen Detentionsverhältniß das des Pächters, Miethers u. s. w. ab. Wie gering waren die Anlässe, die das römische Leben in ältester Zeit — ich bitte nicht zu vergessen, daß ich hier nur sie im Auge habe — dazu darbot. Der alte Römer bewirthschaftete sein Grundstück selber, war er selber zu schwach dazu, so besorgten es Weib, Kinder und Sklaven. Der Gedanke, sich auf die Bärenhaut zu legen und sein Grundstück durch einen Pächter bewirthschaften zu lassen, um als Kapitalist die Grundrente zu ziehen, hat in der Urzeit keinen Raum, und auch die Miethe eines Hauses oder eines abgetrennten Raums in demselben paßt nicht in die Urzeit. Das sind Verhältnisse, die erst auf einer vorgerückten Stufe der Kultur, d. i. im städtischen Leben zum Vorschein gelangen, der Arme, der nicht einmal eine Hütte zum Wohnen hat, miethet nicht — er würde von Niemandem aufgenommen werden —, sondern er verdingt sich als Knecht, wenn er nicht irgendwo das Gnadenbrot findet. Ob die Detentionsverhältnisse an beweglichen Sachen: Commodat, Depositum, Mandat zur Ueberbringung oder Bewachung einer Sache (denn das auf Besitzerwerb gerichtete Mandat scheidet aus, s. u.) einen höheren Anspruch auf die Priorität des factischen Vorkommens

vor dem häuslichen Detentionsverhältnisse in Anspruch nehmen können, überlasse ich dem Urtheil des Lesers.

Unser Resultat ist, daß, wenn man das contractliche Detentionsverhältniß auch noch so früh in die Vergangenheit zurückverlegen mag, das häusliche ihm doch lange vorausgegangen ist. *Das römische Haus ist der historische Ausgangspunkt des Detentionsbegriffs, der Ursitz, die Heimath des relativen Detentionsverhältnisses.*

In dieser Gestalt kam dasselbe schon in der Urzeit in jedem römischen Hause vor, der Hausherr hätte denn sonst weder Weib, noch Kinder, noch Sklaven sein nennen müssen, während die Fälle des Vorkommens des contractlichen Detentionsverhältnisses in der Urzeit mit der Laterne gesucht werden mußten. In dieser Gestalt aber — und damit wende ich mich der Frage zu, an welchen von beiden Verhältnissen: dem häuslichen oder contractlichen der juristische Charakter des Detentionsverhältnisses den Römern zuerst *ins Bewußtsein getreten* sein mag — lag die *rechtliche Natur* desselben nicht bloß dem Juristen, sondern selbst dem gemeinen Mann offen vor Augen. Jeder Römer wußte, daß Kinder und Sklaven keine Klage erheben konnten, weder gegen Dritte noch gegen den Hausherrn, was für die Besitzesfrage soviel bedeutete, daß sie im Rechtssinn nicht *besitzen* konnten, d. h. daß sie bloß *detinirten* (S. 63). Beide Seiten des relativen Detentionsverhältnisses: die *negative*, daß der Detentor selber *nicht* besitzt, und die *positive*: daß durch ihn der Besitzherr *besitzt*, treten hier mit einer Klarheit zu Tage, daß auch das blödeste Auge sie nicht übersehen konnte, die Wahrnehmung des wahren Sachverhältnisses war hier nicht Sache des juristischen Denkens, sondern der naiven Volksauffassung, in dieser Gestalt war es dem gemeinen Verständniß in einer

Weise nahegerückt, daß Kunst dazu gehört hätte, es zu verkennen.

Damit vergleiche man die Schwierigkeiten, welche, wie oben (S. 96) gezeigt, die spontane Abstraction des Detentionsbegriffs in sich schloß. Ich nehme sie hier in Bezug, um daran die Frage zu knüpfen: bei welchem Verhältniß wird sich das Denken der Römer des Begriffs der Detention zuerst bemächtigt haben: beim häuslichen oder bei dem contractlichen? In diesem trägt die Detention den unverkennbaren Stempel des juristischen Denkens und der absichtlichen juristischen Mache an der Stirn, der naiven Volksauffassung lag und liegt sie auch heutigen Tages gänzlich fern, in jenem, wo sie nicht erst der Absicht und der Reflexion bedurfte, um thatsächlich ins Leben zu treten, sondern mit dem römischen Hause gegeben war, konnte sie nicht bloß, sondern mußte sie sich selbst dem Verständniß des gemeinen Mannes erschließen, und ich betrachte es als keinen kleinen Gewinn der von mir hier entwickelten Ansicht, daß ich damit für den sonst so räthselhaften Detentionsbegriff eine volksthümliche Basis gewonnen habe. Der Detentionsbegriff gehört zu den Urbegriffen der nationalrömischen Rechtsanschauung.

Ich fasse das Ergebniß der bisherigen Untersuchung in den Satz zusammen:

> Das römische Haus ist der Ursitz, die Heimath des Detentionsverhältnisses, gleichmäßig in Bezug auf das factische Vorkommen desselben, als in Bezug auf die rechtliche Erkenntniß, im römischen Hause ist der Detentionsbegriff den Römern zuerst zum Bewußtsein gekommen.

Ich habe mich gefragt, ob sich nicht irgend welche Spuren dieses ursprünglichen Zustandes erhalten haben. Bei derartigen

Fragen pflege ich mich zuerst an die Sprache zu wenden, welche die treueste Hüterin der Anschauungen prähistorischer Epochen ist. Sehen wir zu, ob sie uns etwas bietet.

Einen ausschließlichen Ausdruck für das Besitzverhältniß der hausunterthänigen Personen hat sie nicht geschaffen. In Bezug auf ihr Eigenthumsverhältniß hat sie es gethan, es ist das Wort peculium. Mit diesem Ausdruck zeichnet sie uns die Nachbildung des Eigenthums im Verhältniß der hausunterthänigen Personen. Nach der Intention des Hausherrn sollen die ihm untergebenen Personen in Bezug auf die Sachen, die er ihnen zum Peculium einräumt, factisch die Stellung des Eigenthümers einnehmen, sie sollen darüber auch ohne seine Zustimmung verfügen dürfen, und das Recht zieht die Consequenz dieses seines Willens, sowohl für das Sachenrecht, indem es ihren Veräußerungen dieselbe rechtliche Wirkung zugesteht, als ob sie von einem Eigenthümer vorgenommen wären, wie für das Obligationenrecht, indem es ihren Gläubigern einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Peculium zuerkennt, kurz das Peculium übt innerhalb der durch das Recht gesteckten Grenzen die Function des Eigenthums aus[1]).

Für das Besitzverhältniß der hausunterthänigen Personen haben die Römer den Ausdruck possessio beibehalten, und selbst der Zusatz naturalis, durch den sie dasselbe vom Besitz im Rechtssinn abheben, ist demselben nicht eigenthümlich, wird vielmehr für das Detentionsverhältniß schlechthin gebraucht. Aber wenn es wahr ist, daß die Detention zuerst am Besitzverhältniß der hausunterthänigen Personen begrifflich erfaßt worden ist, so wird dasselbe auch in Bezug auf die sprachliche Bezeichnung derselben anzunehmen sein. Das Wort ist der Herold des Gedankens — es kündigt an, daß er da ist.

1) Quasi patrimonium, (l. 47 § 6) de pec. (15. 1), veluti proprium patrimonium, l. 19 § 1, l. 32 pr., l. 39 ib.

Darum haben wir die erste Entstehung eines Wortes, das später eine erweiterte Bedeutung erhalten hat, dahin zu verlegen, wo das Denken sich zuerst der dadurch ausgedrückten Vorstellung bemächtigt hat, wo der Gedanke zuerst erschienen ist, demnach die Bezeichnung des Detentionsverhältnisses mit naturalis possessio in das römische Haus. Naturalis possessio ist der ursprüngliche Ausdruck für das Besitzverhältniß innerhalb des römischen Hauses gewesen, und er ist mit dem Begriff der Detention erst später auf das contractliche Detentionsverhältniß übertragen worden.

Der Ausdruck naturalis kommt als technischer noch in einer andern Verbindung vor, nämlich als obligatio naturalis. Auch von der obligatio naturalis gilt meines Erachtens ganz dasselbe wie von der possessio naturalis und zwar in Bezug auf alle für letztere oben hervorgehobenen drei Richtungen: die Priorität des factischen Vorkommens des Verhältnisses im römischen Hause — die der begrifflichen Erfassung desselben — und die der sprachlichen Bezeichnung. Man vergegenwärtige sich auf der einen Seite die außerordentlich seltenen, dürftigen und zum Theil, wie mir scheinen will, von den Juristen lediglich im Interesse der theoretischen Erschöpfung des Begriffs hervorgehobenen Fälle der obligatio naturalis und auf der andern Seite das unausgesetzte tägliche und geradezu unvermeidliche Vorkommen derselben im römischen Hause, und man wird nicht zweifelhaft sein, wo man den Anstoß zu ihrer begrifflichen Erfassung und sprachlichen Bezeichnung zu suchen hat. Wie die possessio naturalis den Reflex des Sachenrechts, so enthält die obligatio naturalis den des Obligationenrechts innerhalb des römischen Hauses. So wenig wie wir uns das römische Haus denken können ohne das Detentionsverhältniß der hausunterthänigen Personen, ebensowenig ohne Rechtsgeschäfte zwischen ihnen. Es

vollzog sich zwischen den Gliedern des römischen Hauses, sowohl den hausunterthänigen Personen unter sich wie mit dem Hausherrn, ein obligatorischer Verkehr, bei dem beide Theile darüber einverstanden waren, daß er bindender Art sein solle. Der Sklave, der seinem Mitsklaven, der Haussohn, der seinem Bruder ein Darlehn gegeben hatte, rechnete mit aller Sicherheit darauf, daß er es zurückerhalten werde. Geschah es nicht, so wandte er sich an den Hausherrn, der innerhalb des römischen Hauses die Stelle des Richters vertrat („domesticus judex"). Der Intention beider Parteien nach war hier ein Rechtsgeschäft beabsichtigt, der Thatbestand desselben lag subjectiv wie objectiv ganz so vor wie in jedem andern Fall. Da aber der Umstand, daß das Recht demselben die civilrechtliche Folge: die Klage versagte, die Annahme einer obligatio im Sinne des Rechts: obligatio civilis ausschloß, so verblieb nur die im Sinne des natürlichen Rechtsgefühls (naturalis aequitas) oder des häuslichen Lebens: die obligatio naturalis, das naturale debitum. In der possessio naturalis der hausunterthänigen Personen bricht sich der Besitzbegriff, in der obligatio naturalis der Obligationsbegriff an dem Hinderniß, das ihm die Verfassung des römischen Hauses entgegenstellt, es ist unser obiges n, welches wie dort dem Thatbestande des Besitzes, so hier dem der Obligation seine sonstige Wirksamkeit entzieht. Wie es dort nicht erst des Auges des Juristen bedurfte, um den wahren Sachverhalt wahrzunehmen, ebensowenig hier, derselbe lag in beiden Fällen klar vor Aller Augen, und demnach dürfen wir von dem Begriff der obligatio naturalis ganz dasselbe sagen, was oben (S. 104) über den der possessio naturalis bemerkt war: im römischen Hause zuerst thatsächlich zur Erscheinung gelangt und unabweisbar sich dem gemeinen Bewußtsein erschließend, war

er kein künstliches Product der Juristen, sondern ein durchaus volksthümlicher Begriff, auch er gehörte zu den ältesten ursprünglichsten Rechtsbegriffen des römischen Volks — es hätte der Kunst bedurft, ihn nicht wahrzunehmen!

In beiden Verhältnissen ist es das römische Haus gewesen, welches die Römer über den Gegensatz des Factischen und Rechtlichen, richtiger: der rechtlichen Wirksamkeit und Unwirksamkeit eines und desselben Thatbestandes aufgeklärt hat, und damit berühre ich eine rechtshistorische Thatsache allerersten Ranges, welche bisher noch nicht gewürdigt worden ist: die eminente Bedeutung des römischen Hauses für die frühzeitige Erweckung und Ausbildung des nationalen juristischen Denkens. Indem die Verfassung des römischen Hauses den rechtlichen Thatbeständen ihre sonstige Wirksamkeit absprach, gab sie einen zwingenden Anstoß zum juristischen Denken, diente sie als Wecker des juristischen Bewußtseins, und ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich behaupte, daß die frühe Ausbildung des juristischen Unterscheidungsvermögens der Römer zu einem großen Theil auf Rechnung des römischen Hauses zu setzen ist. Dasselbe stellte den Römer von vornherein auf einen juristischen Aussichtspunkt, von dem er die Rechtswelt mit dem Auge des Juristen wahrnehmen mußte, das Haus war die juristische hohe Warte. Begriffe, die heutzutage nur der Jurist erfaßt, waren dadurch selbst dem gemeinen Bewußtsein zugänglich gemacht. In der bloßen sprachlichen Ausprägung des Gegensatzes von civilis und naturalis für die beiden angegebenen Verhältnisse hatte sich das gemeine Denken eines begrifflichen Gegensatzes bemächtigt, der für die Anschauungsweise in Dingen des Rechts von äußerstem Werth ist: des des Rechtlichen und Factischen, es war eine dem Volk als juristisches Angebinde in die Wiege gelegte Unterscheidung, die dasselbe von früh auf

an das juristische Denken gewöhnte. In der unscheinbaren Formel: civilis und naturalis steckt eine der werthvollsten Leistungen, die das römische Volk je vollbracht hat. Die römische Jurisprudenz hat sie mit auf den Weg bekommen, im alten Rom hat das juristische Denken nicht erst auf die Juristen gewartet, das Volk hatte ihnen bereits erheblich vorgearbeitet. Das Verdienst aber daran trägt das römische Haus.

Die Verwendung, welche der Gegensatz von civilis und naturalis in der spätern Zeit gefunden hat, geht über meine gegenwärtigen Zwecke, bei denen es mir nur auf die Zurückführung desselben auf das römische Haus ankam, hinaus [1]).

Ich kehre zum Besitz zurück. Ich glaube es mit dem Ergebniß thun zu können, daß die Bezeichnung des Detentionsverhältnisses mit possessio naturalis ihren historischen Ursprung im römischen Hause hat. Hier trat das Verhältniß zuerst ins Bewußtsein, hier muß sich mithin auch zuerst das Bedürfniß fühlbar gemacht haben, dasselbe sprachlich vom Besitz abzuheben.

Eine zweite Wendung, in der ich ebenfalls noch eine Abspiegelung des alten Verhältnisses glaube erblicken zu dürfen, ist das in possessione esse. Das esse weist auf den Aufenthalt auf einer Sache hin, aufhalten aber kann man sich nur auf einer unbeweglichen Sache. Nun ist es klar, daß

---

1) Die historisch späteste Verwendung, welche dem Gegensatz von civilis und naturalis in Bezug auf das häusliche Verhältniß gegeben ist, ist die bekannte von Justinian in Anwendung auf das Eigenthum der Frau an den Dotalgegenständen in l. 30 Cod. de jure dot. (5. 12): cum naturaliter permanserunt in ejus dominio, er gab damit nur die Anschauung des Volks über die thatsächliche Gestalt des Verhältnisses wieder, wie dies auch schon von den römischen Juristen geschehen war, z. B. von Paulus in l. 11 de lib. (28. 2), s. darüber meinen Geist des R. R. B. 2 S. 208 fl. Welche reiche Verwendung der Gegensatz in den Familienverhältnissen fand (Ehe, Concubinat, Adoption, Emancipation, Agnaten, Cognaten), ist bekannt.

diese sprachliche Betonung des bloßen Sichaufhaltens auf der Sache bei Kindern und Sklaven, die mit dem Hausherrn in demselben Hause oder auf demselben Grundstück weilten, ebenso zutreffend war und das Verhältniß derselben in seiner sinnlichen Erscheinungsform, die ja überall den Ausgangspunkt aller sprachlichen Wendungen gebildet hat, ebenso anschaulich wiedergab, wie sie für Pächter und Miether, deren Absicht doch nicht in dem bloßen Aufenthalt auf der Sache aufging, ungeeignet gewesen wäre. In jenem Verhältniß konnte die Wendung sich bilden, in diesem nicht, ich schließe daraus, daß sie auf dieses erst hinterher übertragen worden ist. Ich weiß nicht, ob mein Sprachgefühl mich täuscht, wenn ich in dem Ausdruck zugleich noch eine Andeutung des Aufenthalts des Detentors neben dem Besitzer, des gemeinsamen Aufenthaltes auf derselben Sache, ich will es Mitbesitz nennen, erblicke. Mit dem in possessione esse ist stillschweigend ein Anderer als possessor gesetzt, in dessen possessio der Detentor sich befindet, das kann aber im Sinne der ursprünglichen, d. i. der rein sinnlichen Bedeutung des Ausdruckes nur derjenige sein, den man als den Besitzer sinnlich wahrnimmt, sieht, d. i. derjenige, der selber auf der Sache anwesend ist. Den Verpächter, Vermiether, der die physische Innehabung des Grundstücks einem Andern abgetreten hat, sieht man nicht auf demselben, sein Besitz beruht nur auf Rechtsvorschrift: possessio civilis in diesem Sinn; aber den Hausherrn sieht man. In possessione esse würde demnach das sinnlich erkennbare gemeinsame Besitzverhältniß zwischen Besitzer und Detentor bedeuten.

Eine Unterstützung findet diese meine Idee an der technischen Bedeutung des in possessionem mittere, ire des prätorischen Edicts. In den Fällen, wo es bei der immissio lediglich auf die „custodia rerum et observantia" abgesehen

ist (l. 1 quib. ex c. 42. 4), erhält der immissus nicht Besitz, sondern bloße Detention (l. 12 ibid. l. 3 § 23 h. t.), er detinirt neben dem Besitzer (l. 5 pr. ut in poss. 36. 4: simul cum eo possidere jubetur) und erst, wenn dies Pressionsmittel sich als unwirksam erweist: dominus dejiciendus erit possessione (l. 15 § 23 Damni inf. 39. 2).

Wie der Ausdruck naturalis possessio, so ist auch das in possessione esse später vom häuslichen Detentionsverhältniß auf das contractliche übertragen worden; durch welches Mittelglied dies bewerkstelligt worden ist, hoffe ich unten nachweisen zu können. Die Verschiedenheit des Gesichtspunktes, unter dem beide Ausdrücke dasselbe erfassen, liegt auf der Hand: der erste zeichnet uns dasselbe für sich nach der negativen und absoluten Seite: der Detentor ist nicht Besitzer, der zweite nach der positiven und relativen im Verhältniß zum Besitzherrn: er übt den Besitz des letzteren aus, der erste Ausdruck findet demnach auch für das absolute Detentionsverhältniß Anwendung, der letztere nicht.

Damit ist dasjenige, was die Sprache über die ursprüngliche Gestalt des Detentionsverhältnisses auszusagen vermag, erschöpft[1]). Zu den, wenn auch nicht völlig evidenten, so immer-

1) Nur um eine Idee, auf die möglicherweise ein Anderer verfallen könnte, da sie auch vorübergehend in mir selber aufgetaucht ist, abzuwehren, bemerke ich, daß der Ausdruck extraneus, dessen sich die l. ult. h. t. für das Besitzverhältniß bedient: adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet für den Gedanken im Text nicht den mindesten Anhaltspunkt gewährt. Eine andere Wendung, deren sich die Römer zur Bezeichnung des relativen Detentionsverhältnisses bedienen, ist nostro nomine possidere. Man könnte darin noch eine Hinweisung auf das häusliche Verhältniß erblicken wollen. Wenn Sklaven und Kinder gefragt wurden, wem dasjenige, was sie in Händen hatten, gehörte, so nannten sie den Namen des Vaters, der Name des Vaters deckte das ganze Hauswesen und so auch den Besitz: possident nomine patris. Allein auch dies Argument hat in meinen Augen keine Beweiskraft, was ich nicht weiter ausführe.

hin doch zu beachtenden Anhaltspunkten, welche sie uns gewährt, gesellt sich noch das Zeugniß eines römischen Juristen hinzu, dessen hoher Werth für unsere Frage noch von Niemandem gewürdigt worden ist. Es ist das von Gajus IV, 153:

> Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro juri non subjectus sit, qualis est colonus et inquilinus.

Gajus unterscheidet hier den eigenen oder unmittelbaren Besitz und den mittelbaren durch andere Personen, und zwar legt er in Bezug auf letztere den Gegensatz des häuslichen und contractlichen Detentionsverhältnisses zu Grunde. Die Art, wie er sich über das letztere äußert, zeigt deutlich, wie er sich das Verhältniß beider denkt. Indem er vom Pächter und Miether sagt, er detinire für uns: licet is nostro juri subjectus non sit, drückt er damit aus, daß streng genommen das nostro nomine possidere bedingt sei durch das nostro juri subjectum esse. Daß dieses auch ohne jenes eintreten könne, gilt ihm als eine Besonderheit, auf die er nöthig hält besonders aufmerksam zu machen. Es ist derselbe Gedanke, wie ich ihn im Bisherigen ausgeführt habe, der hier bei Gajus zum Vorschein gelangt: das römische Haus ist der Ursitz des Detentionsverhältnisses, die normale Gestalt der Detention ist die durch Kinder und Sklaven, von letzteren ist dieselbe erst später auf Pächter und Miether übertragen worden.

War das bloß eine subjektive Idee von Gajus? Selbst dies würde mir schon genügen, ich würde mich durch dies Zusammentreffen mit einem römischen Juristen gegen den Vorwurf gesichert fühlen, daß ich in das römische Recht einen Gedanken hineingetragen habe, zu dem dasselbe keinen Anlaß biete — Gajus hat von ihm ganz denselben Eindruck entgegen-

genommen wie ich. Das häusliche Detentionsverhältniß ist die ursprüngliche Form des Detentionsverhältnisses, das contractliche enthält nur eine Nachbildung desselben.

In Wirklichkeit hat aber Gajus damit nur die altnational-römische Auffassung des Detentionsverhältnisses wiedergegeben. Dieselbe ging dahin, daß der mittelbare Besitz des Besitzherrn, seine Macht über die Sache vermittelt werde durch die Macht über die Person — er hat die Sache in der Gewalt, weil und insofern er die Person in der Gewalt hat. Sie wird durch eine Notiz, welche Gajus uns bei einer andern Gelegenheit aufbewahrt hat, in ein helles Licht gerückt. Bei der Besprechung des Erwerbs des Hausherrn durch die in manu mancipiove befindlichen Personen (II 90) unterscheidet er den Besitz vom Eigenthum, letzteres, sagt er, kann man auch durch sie erwerben,

> an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.

Daraus ergibt sich ein Doppeltes.

Zunächst, daß man noch zu Gajus Zeit wie an Sklaven so auch an Hauskindern Besitz annahm, eine Ansicht, welche von der spätern Jurisprudenz aufgegeben ward [1]), und von der sich meines Wissens in der justinianischen Rechtssammlung keine Spur mehr findet. Bedenkt man, daß Hauskinder nach altem Recht vindicirt werden konnten [2]), und daß es im Vindicationsproceß stets zur Ertheilung der Vindicien, d. i. der Zuerkennung des interimistischen Besitzes kam, so kann die

1) Paulus in l. 1 § 8 h. t.

2) l. 1 § 2 de R. V. (6. 1). Pomponius hielt die alte reivindicatio, wie Ulpian hier mittheilt, noch für anwendbar, woraus sich ergibt, daß auch er noch Besitz an Hauskindern angenommen hat, in der Praxis waren an deren Stelle die von Ulpian genannten Rechtsmittel getreten: petuntur (liberae personae) aut praejudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria.

Annahme des Besitzes an Hauskindern in alter Zeit nicht Wunder nehmen, und daraus erklärt sich zugleich, daß mit der reivindicatio bei ihnen auch die Consequenz derselben: der Besitz an ihnen in Wegfall kam.

Das Zweite, was sich uns aus der obigen Stelle des Gajus ergibt, ist die Thatsache, daß die alte Jurisprudenz die bloße rechtliche Gewalt über die Person in Bezug auf den Erwerb des Besitzes nicht für ausreichend hielt. Jene reicht aus für den Erwerb von Rechten, darum können Personen in manu mancipiove Rechte für den Hausherrn erwerben, während freie Personen es nicht können [1]). Für den Besitzerwerb aber bedarf es des Besitzes an der Person, nur Sklaven und Hauskinder, die wir besitzen, können für uns Besitz erwerben. Woher diese Wunderlichkeit? Es war der Gesichtspunkt der juristischen Symmetrie, dem wir so oft in der alten Jurisprudenz begegnen, und den ich an anderer Stelle (Geist des R. R. B. 3 Aufl. 4 S. 625 fl.) an einer Menge von Fällen nachgewiesen habe, dem man hier den Satz entnommen hatte: Recht erzeugt Recht, Besitz Besitz. Einem Juristen der alten Zeit würde es als eine inelegantia juris, als ein Verstoß gegen die Gesetze der juristischen Kunst erschienen sein, wenn die bloß rechtliche Gewalt über die Person die reale, physische Gewalt, wie der Besitz sie erfordert, hätte vermitteln sollen, während der Besitzerwerb durch eine Person, die man selber besaß, sich nur als nothwendige Consequenz des Verhältnisses ergab: besitze ich selber die Person, die besitzt, so besitze ich auch, was sie besitzt — dieselbe ließ sich als das Werkzeug betrachten, mit dem ich selber den Besitz ergriff eine verlängerte Hand. In Anwendung dieses Gesichtspunktes

---

1) Gaj. II 86, 95.

sprach die Jurisprudenz dem Herrn den Besitz der von einem Sklaven, den er selber nicht besaß, erworbenen Sache ab[1]).

Nur in Bezug auf die Fortdauer des einmal begründeten Besitzes galten schon von altersher andere Grundsätze, durch eine freie Person konnte man den Besitz nicht erwerben, wohl aber behaupten, ein einflußreicher Gegensatz, der sich auch für die Rechte wiederholt[2]). Hätte man sich dazu nicht verstehen wollen, so würde der Eigenthümer den Besitz der Sache eingebüßt haben, wenn er sie aus den Händen gab. Aber der Besitz blieb ihm erhalten, wenn die Uebergabe lediglich zum Zweck der Detention geschah. Diesen Begriff der Detention aber verdanken die Römer dem römischen Hause, wo er von allem Anfang an heimisch war, dies nachzuweisen, war die Aufgabe der bisherigen Darstellung, und ich glaube den Nachweis erbracht zu haben.

Damit ist aber zugleich der andere erbracht, daß der Detentionsbegriff von dem häuslichen Detentionsverhältniß auf das contractliche übertragen worden ist. Die Detention verläßt das römische Haus, und begibt sich auf die Wanderung. Begleiten wir sie auf ihrer Wanderung.

Die historische Tradition läßt uns hier in Bezug auf den Gang, den der Detentionsbegriff bei den einzelnen contract-

---

1) l. 21 pr. de A. D. D. (41. 1) . . . quia servum non possideam, l. 54 § 4 ib. und l. 1 § 6 h. t.

2) S. beispielsweise l. 24 § 2 de usur. (22. 1), wo Paulus die vom Stellvertreter vorgenommene Interpellation behandelt und das dem Grundsatz der Unzulässigkeit der Stellvertretung dagegen entnommene Bedenken damit zurückweist: nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens, manifesti actionem mihi parat und l. 3 pr. quod vi (43. 24), wo Ulpian dasselbe in Bezug auf ein vom Stellvertreter erlassenes Verbot gegen ein opus novum thut: nec quem moveat, quod per liberam personam actio adquiri non solet, nam prohibitio haec demonstrat vi te facere.

lichen Verhältnissen eingeschlagen hat, im Stich, und es ist auch nicht zu verwundern, da dieser Entwickelungsproceß sich schon in früher Zeit vollzogen haben wird. Was die Quellen uns an positiven Zeugnissen vorenthalten, wollen wir auf dem Wege der historischen Combination zu ergänzen versuchen.

Ich lasse mich leiten durch einen Gesichtspunkt, den ich in allen ähnlichen Fällen erprobt gefunden habe: Herstellung der Verbindung zwischen dem Ausgangspunkt und Endpunkt einer historischen Entwickelungsreihe durch das Aufsuchen von Mittelgliedern. Vom römischen Recht läßt sich in seiner guten Zeit dasselbe behaupten wie von der Natur: es kennt keine Sprünge, es vermittelt den Uebergang zum Entfernten, indem es schrittweise von einem Punkt zum andern übergeht und so immer weiter, bis es schließlich bei dem Endpunkt anlangt, mit dem die Entwickelung abschließt: Erhebung des ursprünglich Beschränkten zur völlig unbeschränkten Allgemeinheit (S. 99). .

Im Sinne dieser Methode werde ich diejenigen contractlichen Detentionsverhältnisse zu ermitteln suchen, welche dem häuslichen Detentionsverhältniß am verwandtesten, am nächstgelegenen waren, und auf welche sich daher die Uebertragung des Detentionsbegriffs am ungezwungensten bewerkstelligen ließ. Um sie zu finden, müssen wir uns der charakteristischen Züge des häuslichen Detentionsverhältnisses bewußt werden und zusehen, auf welche Detentionsverhältnisse außerhalb des Hauses sie passen.

Es sind zwei. Das eine ist das persönliche Abhängigkeitsverhältniß der Kinder (wie ich im Folgenden der Kürze wegen statt hausuntertäniger Personen sagen werde) vom Hausherrn. Das andere die Gemeinsamkeit ihres Besitzverhältnisses: Mitbesitz, wie ich, ohne mich einem Mißverständniß auszusetzen, glaube sagen zu dürfen. Sehen

wir zu, ob wir für beide im contractlichen Detentionsverhältniß Anknüpfungspunkte entdecken können. Ich wende mich zuerst dem zweiten zu.

Der Mitbesitz des Detentors. Er ist nur denkbar bei Grundstücken, nicht bei beweglichen Sachen, was keiner Bemerkung bedarf, und zwar bei jenen in Form der Verpachtung einer Parcelle oder der Miethe einer Etage oder eines Zimmers. Angenommen, daß diese beiden Verhältnisse sich im alten Rom nachweisen ließen, so würden sie uns den gewünschten Anschluß des contractlichen an das häusliche Detentionsverhältniß gewähren. Kamen sie vor? Das eine von ihnen: der Mitbesitz im Hause in dem Maße, daß die Sprache bei Bildung des Ausdrucks für den Miether — es ist der Ausdruck inquilinus — diese Gestalt des Miethsverhältnisses als die ausschließliche betont. Festus gibt den Sinn desselben, und diesmal ausnahmsweise etymologisch richtig [9]) in folgender Weise wieder: qui eundem colit focum vel ejusdem loci cultor. Inquilinus ist also derjenige, der mit dem Hausherrn in demselben Hause wohnt. Das Verhältniß führt uns das Seitenstück zu dem der Kinder im elterlichen Hause vor Augen, und zwar nicht bloß nach Seiten des Mitbesitzes, sondern auch nach Seiten der persönlichen Abhängigkeit, der Hausherr kann den Miether jederzeit vor die Thüre setzen, er gebraucht nur sein Hausrecht.

Und das Pachtverhältniß? Die Sprache läßt uns hier im Stich, der Ausdruck colonus hat einen ganz allgemeinen Sinn, und auch historische Zeugnisse für die Partialpacht in alter Zeit vermag ich nicht beizubringen. Wohl aber aus späterer Zeit, und zwar nicht etwa dafür, daß sie thatsächlich

---

9) S. Vaniček, Griech. lat. etymologisches Wörterbuch I S. 124: col, col-ere, col-onus, in-quil-inus.

vorkam, was sich von selbst versteht, sondern, daß sie im Unterschiede von unserer heutigen Zeit die Regel bildete. Bei der Besprechung des Pachtverhältnisses behandelt Columella II, 7 die Partialpacht als die normale Form des Verhältnisses, er spricht stets nur von den coloni im Plural, nie vom colonus im Singular, und zwar wohl gemerkt nicht etwa in Bezug auf einen Verpächter, der mehrere Grundstücke zu verpachten hat, sondern von demjenigen, der nur ein einziges Grundstück besitzt. Daraus ergibt sich, daß er dasselbe nicht im Ganzen, sondern in Parcellen verpachtet. Höchst bezeichnend ist die Art, wie Columella das Verhältniß dieser Pächter, wenn es die richtige Gestalt an sich tragen soll, schildert: patris familias felicissimum fundum (Singular) esse, qui colonos (Plural) indigenas haberet et tanquam in paterna possessione natos jam inde in cunabulis longa familiaritate retineret. Die Pächter werden hier mit zur Familie im weiteren Sinn gerechnet, es ist ein Verhältniß, das sich beiderseits vom Vater auf den Sohn vererbt, auch bei der Pacht also kam das Verhältniß dem häuslichen außerordentlich nahe.

Ob wir dies Verhältniß der Partialpacht nun bereits in die alte Zeit verlegen dürfen? Kannte dieselbe das Pachtverhältniß überhaupt, so meiner Meinung nach nur in Form der Partialpacht. Der richtige Bauer verpachtet nicht seinen ganzen Hof, er pflegt sich nicht selber zu pensioniren, um die Hände in den Schooß zu legen und als Kapitalist die Grundrente zu ziehen, das überläßt er dem Kapitalisten in der Stadt, der das Grundstück, in dem er sein Geld angelegt hat, selber nicht bewirthschaften kann, oder dem reichen Gutsbesitzer, der sich zur Ruhe setzen will, oder der einen zu großen Grundbesitz hat, um ihn selber ganz bewirthschaften zu können. Wenn der Bauer verpachtet, so geschieht es nur in Bezug auf einzelne Stücke seines Hofes, mit denen es eine besondere Bewandtniß hat, d. i. solche, die er selber nicht ebenso leicht zu bewirth-

schaften vermag oder nicht ebenso ausgiebig zu verwerthen versteht wie ein Anderer. So mochte im alten Rom der Bauer von seinem Hofe immerhin ein ihm entbehrliches Stück Acker- oder Weideland, oder den Weinberg, die Olivenpflanzungen, den Fischteich verpachten, den ganzen Hof kaum je.

Durch die Annahme des Mitbesitzes bei Pächtern und Miethern in alter Zeit wird es erklärlich, wie die diesem Verhältniß entnommene Wendung: in possessione esse (S. 109) von den Hausgenossen auf sie übertragen werden konnte. Nachdem man sich bei ihnen daran gewöhnt hatte, ihr Besitzverhältniß in dieser Weise zu bezeichnen, ist der Ausdruck dann auf Pächter und Miether schlechthin ausgedehnt worden, für die er in seiner ursprünglichen rein sinnlichen Bedeutung des Mitbesitzes nicht paßte, gegen letztere tauschte er jetzt die übersinnliche, lediglich auf die juristische Charakteristik des Verhältnisses gerichtete ein.

Das persönliche Abhängigkeitsverhältniß des Detentors. Die rechtliche Stellung des Pächters und Miethers im alten Rom ist eine von der heutigen in rechtlicher Beziehung so grundverschiedene, daß man sie kaum mit einander vergleichen kann. Heutzutage genießen diese Personen den vollen Rechtsschutz, nicht bloß den obligatorischen durch die Contractsklagen, sondern auch den Besitzesschutz (Summariissimum, Spolienklage) und im Gebiete derjenigen Rechte, wo der gemeinrechtliche Satz: Kauf bricht Miethe nicht gilt, ist ihnen eine Sicherheit der Rechtsstellung eingeräumt, welche der des Eigenthümers nichts nachgibt, in römischer Sprache ausgedrückt: beide haben ein jus in re. Der heutige Pächter ist ebenso gesichert wie der römische Emphyteuta, der heutige Miether ebenso wie der römische Superficiar, thun sie ihre Pflicht, zahlen sie den Zins und lassen sie sich keine Deteriorationen zu Schulden kommen, so kann ihnen der Verpächter und Vermiether nichts anhaben.

Von alle dem galt im alten Rom gerade das Gegentheil. Eine Contractsklage gab es in alter Zeit nicht, die actio conducti gehört dem System des jus gentium an d. h. sie ist späteren Ursprungs, auf Besitzesschutz hatten Pächter und Miether als bloße Detentoren keinen Anspruch, der Eigenthümer konnte sie eigenmächtig vertreiben, setzten sie sich zur Wehre, so hatte er das interdictum uti possidetis oder unde vi. Selbst das Einsammeln der Früchte konnte er dem Pächter untersagen, respectirte derselbe das Verbot nicht, so erhielt er nicht bloß kein Eigenthum an den Früchten[1]), sondern er beging damit ein furtum. Also gänzliche Rechtlosigkeit des Pächters und Miethers.

Die Uebereinstimmung dieses Detentionsverhältnisses der Pächter und Miether mit dem häuslichen liegt offen vor. Gleich dem letzteren war es ein Verhältniß bloß thatsächlicher Art, ein Verhältniß „ad bene placitum" ganz in den freien Willen, die Laune und Willkür des Herrn gestellt; derselbe sah Pächter und Miether nicht mit andern Augen an, als seine Kinder und Sklaven. Bezeichnend für diese Auffassung ist die Thatsache, daß wie der Hausherr über die Kinder, so auch der Verpächter über seine Pächter nach Art abhängiger Tagelöhner die Aufsicht führte, er sah darnach, was zu geschehen hatte, und hielt sie zur Arbeit an, wenn sie faul oder in der rechtzeitigen Vornahme der erforderlichen Arbeiten säumig waren.[2])

Staunend wird man fragen: wie konnte ein derartiges Verhältniß, das diese Personen zur gänzlichen Rechtlosigkeit verdammte, sich Jahrhunderte lang in Rom behaupten? Ich antworte mit der Frage: ist es minder überraschend, daß das Recht die Kinder Jahrhunderte lang ohne Rechtsschutz gelassen

1) l. 6 de donat. (39. 5).

2) Columella a. a. O. avarius opus exigat quam pensiones.

hat? Das Recht ist nicht die einzige Macht, von der das Leben die richtige Gestaltung der menschlichen Verhältnisse zu erwarten hat, neben dem Recht gibt es noch die Sitte, welche nach dem Zeugniß der Geschichte in Zeiten, wo das Recht noch nicht zur vollen Entwicklung gelangt war, die Macht bekundet hat, dessen Stelle zu vertreten.[1] Auch da, wo beide versagen, bleibt immer noch ein anderes Motiv übrig, um dasjenige zu bewirken, was wir heutzutage nur zu sehr gewohnt sind ausschließlich vom Recht zu erwarten: die Rücksicht auf das eigene Interesse, ich meine nicht bloß das materielle oder ökonomische, sondern auch das ideale: die Scheu vor der öffentlichen Meinung, vor der Gefährdung des guten Rufs, der socialen Stellung. Ein Verpächter, der in Rom die Macht, welche das Recht ihm gewährte, in schnöder Weise mißbraucht, einen Pächter, der ihm keinen Anlaß zur Unzufriedenheit bot, vertrieb, gefährdete seinen Ruf, und wird dieselbe Erfahrung gemacht haben, wie bei uns Hausfrauen, welche ihr Gesinde schlecht halten, und bei denen kein ordentliches Mädchen mehr in Dienst tritt. Der Verpächter hatte selber das größte Interesse daran, sich einen Pächter, der sich bewährt hatte, zu sichern, er hätte ein Thor sein müssen, ihn zu vertreiben. Aus dem oben angeführten Zeugniß von Columella wissen wir, daß Pächterfamilien ganze Generationen hindurch auf demselben Grundstück verblieben. Thatsächlich wird also in Rom nur der schlechte Pächter vertrieben worden sein, und daß er es ohne Grund konnte, daß das Recht hier keine Schwierigkeiten in den Weg stellte, war von unschätzbarem Werth. Alle Weiterungen waren damit vermieden, der Herr half sich selber, er vertrieb den schlechten Pächter, um einen guten Pächter an dessen

1) Den Nachweis in Bezug auf die Gestaltung der römischen Familienverhältnisse habe ich in meinem Geist des R. R. II § 32 a geliefert.

Stelle zu setzen. Gerade um dem Eigenthümer diese Befugniß rechtlich zu sichern, sprach man ihm Besitz, dem Pächter bloß Detention zu. Aber wie das jus necis ac vitae des Vaters nur gegen den schlechten Sohn gemünzt war, der sich der Todesstrafe würdig gemacht hatte, und thatsächlich nur gegen ihn zur Anwendung kam, so das Vertreibungsrecht des Verpächters nur gegen den schlechten Pächter. Um die Ausübung desselben in beiden Fällen gegen den schlechten nicht erst an den Beweis seiner Schlechtigkeit zu knüpfen, war es so allgemein gefaßt, daß es rechtlich auch auf den guten Anwendung finden konnte. Das Recht getröstete sich des Gedankens, daß Sitte, eigenes Interesse und was sich sonst noch für Motive denken lassen, dem Mißbrauch desselben vorbeugen würden. Und daß sie es thaten, muß man daraus schließen, daß die praktischen Römer einen derartigen Zustand Jahrhunderte lang haben bestehen lassen. Die befriedigende thatsächliche Gestaltung des Pachtverhältnisses im alten Rom bei gänzlich mangelndem Rechtsschutz ist um nichts verwunderlicher, als das Seitenstück, welches uns unser heutiger Verkehr in Bezug auf die Erfüllung von Rechtsgeschäften darbietet, bei denen die vorgeschriebene schriftliche Form wegen der Umständlichkeit derselben allgemein außer Acht gelassen wird[1]).

Im Bisherigen glaube ich den Nachweis erbracht zu haben, daß das Verhältniß der Pächter und Miether in der Gestalt, die es im alten Rom an sich trug, dem der hausunterthänigen Personen außerordentlich nahe kam, und wenn sonst das römische Recht auch hier seinen gewohnten Weg des schrittweisen Fortschreitens inne gehalten hat, so wird das

---

1) Mein citirtes Werk B. 3 Aufl. 4 S. 489 Anm. 662. — Auf die Umwandlung, welche der Rechtsschutz des Pächters und Miethers im neuen römischen und im heutigen Recht erlitten hat, komme ich an späterer Stelle zurück.

letztere Verhältniß es gewesen sein, auf das es den Detentionsbegriff zuerst übertragen hat. Das heißt aber: im Vertragsverhältniß ist derselbe zuerst bei unbeweglichen Sachen zur Erscheinung gelangt. In dem Rechtsschutzsystem der Römer behauptet die unbewegliche Sache aus leicht begreiflichen praktischen Gründen ein entschiedenes Uebergewicht über die bewegliche, für jene beträgt die zeitliche Dauer des Rechtsschutzes die doppelte Zeit von der für bewegliche Sachen, gleichmäßig für den Eigenthums- wie den Besitzesschutz, unbewegliche Sachen werden in zwei, bewegliche in einem Jahre usucapirt, das interdictum uti possidetis verjährt in einem, das utrubi in einem halben Jahre. Selbst der altrömische Eigenthumsbegriff (dominium ex jure Quiritium) stand meiner Ansicht nach [1]) ursprünglich in engster Beziehung zum Grundeigenthum, von beweglichen Sachen ergriff er nur diejenigen, welche zur Bewirthschaftung dienten (Sklaven, Zug- und Lastthiere). So ist auch der Begriff des Besitzes an ihm zuerst erfaßt und ausgebildet, und dann erst auf bewegliche übertragen worden. Wenn die Ansicht richtig ist, an der ich nach wie vor festhalte [2]), daß die Vindicienertheilung die älteste processualische Form des Besitzes in Rom gewesen ist [3]), an deren

---

1) Ich habe sie kurz skizzirt in meinen Jahrbüchern, B. 23 S. 204 Note 2.

2) Ich habe sie ausgesprochen in meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes, S. 72. Derselbe Zusammenhang zwischen Besitz- und Eigenthumsschutz wiederholt sich im griechischen Recht, s. Franz Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts, Wien 1870, S. 127. Ebenso im griechischen und römischen Freiheitsproceß, Franz Büchner und Ernst Zitelmann, Das Recht von Gortyn, Frankfurt 1885. S. 84. Die Form des Besitzesschutzes bestand auch hier in der Ertheilung der Vindicien.

3) Dafür das ausdrückliche Zeugniß von Gajus, IV 16: praetor secundum alterum eorum vindicias dabat id est interim aliquem possessorem constituebat.

Stelle der Prätor erst in der relativ späten Zeit seines schöpferischen Eingreifens die durch possessorische Interdicte gesetzt hat[1]),

---

1) Die neuerlich von Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts, Berlin 1883, wieder aufgenommene Idee von Niebuhr, daß der Besitzesschutz vom ager publicus ausgegangen sei, halte ich für gänzlich verfehlt. Sie scheitert allein schon an der sprachlichen Fassung des interdictum uti possidetis eum fundum. Wer von dem Gegensatz, den der römische Sprachgebrauch in Bezug auf ager und fundus beobachtet, eine Ahnung hat, wird keinen Moment in Zweifel darüber sein, daß ein römischer Prätor, der mit fundus den ager publicus hätte bezeichnen wollen (ob zugleich oder allein, macht keinen Unterschied), den Vorwurf der gänzlichen Unkenntniß der lateinischen Sprache auf sich geladen hätte. Ager ist Grund und Boden schlechthin und erhält seine nähere Bestimmtheit erst durch Zusätze (publicus, privatus, vectigalis, tributarius u. s. w.), fundus ist das durch Einheit des Betriebes gebildete landwirthschaftliche Individuum: der römische Bauernhof, beide Ausdrücke verhalten sich zu einander wie bei beweglichen Sachen in der Lehre von der Specification substantia zu forma, species. Ager bezeichnet die Substanz, der der fundus entnommen ist, zum fundus wird er erst, um im Vergleich zu bleiben, durch die landwirthschaftliche Specifikation, durch den einheitlichen bäuerlichen Betrieb.

Nicht geringeres Staunen würde der römische Prätor erregt haben, wenn er sich in dem für den ager publicus bestimmten Interdict des Ausdrucks possidere bedient hätte, denn der allbekannte technische Ausdruck für das Nutzungsverhältniß an ihm war frui (Mommsen, Röm. Staatsrecht, II., 1. Auflage 2 S. 431).

Aber ganz abgesehen von diesen sprachlichen Anständen, welche die Idee der Bestimmung des interdictum uti possidetis für den ager publicus in den Augen eines Jeden, der für sprachliche Dinge ein Verständniß hat, zur Unmöglichkeit stempeln — was würde wohl das römische Volk gesagt haben, wenn der römische Prätor sich hätte einfallen lassen, Bestimmungen über das Verhältniß am ager publicus zu treffen? Jeder Römer und in erster Linie der Censor würde ihm zugerufen haben: mische Dich nicht in Dinge, die Dich nichts angehen, der Censor verpachtet den ager publicus, und ihm als Verpächter liegt es ob, seine Pächter zu schützen, er braucht nur seine Pachtregister anzusehen, um allem Besitzstreit sofort ein Ende zu machen. Und zu dem Zweck sollen sich die Leute erst noch von Dir einen judex bestellen lassen, der, um seinen Spruch zu fällen, sich erst vom Censor die Einsicht der Pachtregister erbitten müßte? Du hättest wissen müssen, daß wie die Verwaltung des Staatsvermögens, so auch die Cognition über die

so ist damit die zeitliche Priorität des Besitzesschutzes an unbeweglichen vor dem an beweglichen dargethan. Vindiciae, sagt Festus, olim dicebantur illae, quae ex fundo sumtae in jus allatae erant, der sprachliche Ausdruck vindiciae war also auf unbewegliche Sachen gemünzt, d. h. die Vindicienertheilung kam ursprünglich nur bei ihnen vor, die Uebertragung derselben auf bewegliche Sachen hatte zur Voraussetzung, daß man bei ihnen von einer Imitation des sumere ex fundo, die bei ihnen nicht möglich war, Abstand nahm — der Begriff, nicht der Akt wurde übertragen. Ganz dasselbe ergiebt sich auch aus dem von Festus in jener Stelle mitgetheilten Satz der 12 Tafeln: si vindiciam falsam tulit, . . . fructus duplione damnum decidito. Die Früchte weisen auf ein Grundstück hin; hätte das Gesetz auch bewegliche Sachen im Auge gehabt, so hätte es sich eines Ausdrucks bedienen müssen, der auch in Bezug auf sie eine Fixirung der

---

daraus sich ergebenden Streitigkeiten dem Censor gebührt (Mommsen, a. a. O. 458), Besitzstreitigkeiten über res privatae entscheide Du, die über res publicae entscheidet der Censor.

Im Lauf der Zeit hat sich dies geändert, es taucht im prätorischen Edict ein eigenes Interdict für das Pachtverhältniß an öffentlichen Ländereien auf, und daraus können wir entnehmen, wie der römische Prätor in Wirklichkeit sich ausdrückte. Dasselbe war nicht auf fundus und possidere, sondern auf locus publicus und frui gestellt, es ist das Interdict des Pandektentitels 43, 9: das interdictum de loco publico fruendo (D. 43, 9). Abermals eine Unbegreiflichkeit vom Standpunkt der Dernburg'schen Idee aus. Was hätte den Prätor dazu bestimmen sollen, für ein Verhältniß, für das er selber bereits das interdictum uti possidetis aufgestellt hatte, ein neues Interdict zu schaffen? Er muß sich wohl gedacht haben, das alte Interdict für den „Lehnbesitz" (Dernburg) sei durch den unausgesetzten Gebrauch seit der Urzeit gänzlich abgegriffen worden, abgängig geworden, es bedürfe einmal wieder der Auffrischung.

Mommsen (a. a. o. S. 163) hat vor Erscheinen der Dernburg'schen Schrift die Aeußerung gethan: „Daß die possessio des Privatrechts etwas ganz anderes ist, wird hoffentlich jetzt nicht mehr nöthig sein zu sagen" — ich schließe mich ihr vollkommen an.

Strafe ermöglichte, die Annahme, daß bereits die 12 Tafeln nach Art der späteren römischen Juristen unter fructus das Interesse verstanden habe, schließt sich für jeden Urtheilsfähigen von selber aus.

So ist also der Besitzesschutz mittelst der possessorischen Interdikte zuerst bei unbeweglichen Sachen ins Leben getreten und erst später auf bewegliche Sachen übertragen worden. Ganz dasselbe gilt für den Besitzesschutz mittelst Eigenmacht gegen den Detentor. Denn die Detention bedeutet praktisch nichts anders als eine eigenthümliche Form des Besitzesschutzes für den Besitzherrn. Der Detentor, wie wir uns früher ausdrückten, detinirt nur darum, damit der Besitzer besitze, er ist schutzlos nur in dessen Interesse. Schutz des Besitzes an unbeweglichen Sachen — das ist der Gedanke, mit dem die Entwicklung des Besitzbegriffes bei den Römern begonnen hat. Diese zeitliche Priorität des Auftretens des Besitzschutzes bei ihnen ist nur die natürliche Folge davon, daß derselbe für sie von ungleich höherem praktischen Interesse ist als für die beweglichen Sachen. Wie verschwindend ist das Interesse des Besitzesschutzes an beweglichen Sachen gegenüber dem an unbeweglichen. Man frage sich einmal, wo heutzutage derselbe praktisch in Geltung tritt. Ich habe noch nie von einem Besitzproceß über bewegliche Sachen gehört, und besäßen wir eine Statistik sämmtlicher unter der Geltung des römischen Rechts bei uns vorgekommenen Besitzprocesse, ich glaube auf 100 000 Fälle der unbeweglichen Sachen würde nicht ein einziger von beweglichen fallen. Auch in Rom würde es sich ebenso verhalten haben, wenn nicht das interdictum utrubi dem Besitzesschutz bei ihnen eine Ausdehnung gegen dritte Personen gegeben hätte, denn im Uebrigen reichten die Klagen, welche das Recht dem Besitzer zur Verfügung stellte: die actio ad exhibendum, actio furti, condictio furtiva, oder all-

gemeiner die condictio possessionis ex injusta causa vollkommen aus. Nachdem jenes Interdict in der Praxis die Richtung gegen dritte Personen eingebüßt hatte, war der Besitzesschutz bei beweglichen Sachen ein schattenhaftes Wesen im Recht geworden, für welches die Charakteristik Justinians für das dominium ex jure Quiritium zu seiner Zeit zutrifft: quod nec unquam videtur nec in rebus apparet — vacuum et superfluum verbum.

Wie der Besitzesschutz gegenüber dritten Personen durch die genannten Klagen, so wird er für den Besitzherrn dem Detentor gegenüber durch die Contractsklagen überflüssig gemacht. Ich habe nie von dem Fall gehört, daß der Deponent, Commodant, Mandant, Vermiether einer beweglichen Sache denjenigen, der die Sache von ihm in Händen hat, mit der Besitzesklage belangt hat, er stellt zum Zweck der Herausgabe der Sache die Contractsklage an, und anders dürfte es sich auch in Rom nicht verhalten haben. Allerdings hatte das interdictum utruli einen Vortheil vor der Contractsklage voraus, es ermächtigte den Besitzherrn zur sofortigen eigenmächtigen Wegnahme der Sache, während die Contractsklage mit längerem Zeitaufschub verbunden war. Aber dieser Vortheil ward durch mehrere erschwerende Umstände reichlich aufgewogen. Zuerst durch die Voraussetzung des Besitzes majore parte anni in der Person des Klägers. Hatte er einige Wochen oder Monate besessen, der Beklagte aber auch nur einen Tag länger, so hatte es keinen Erfolg, mit Ablauf eines halben Jahres seit Abschluß des Vertrages und Uebergabe der Sache war es gänzlich unanwendbar. Diese Voraussetzung hatte der Kläger, wenn sie bestritten ward, zu beweisen, und an der Bestreitung wird es der Beklagte in den wenigsten Fällen haben fehlen lassen. Eine zweite Voraussetzung des Interdicts bestand darin, daß der Beklagte die Sache noch in Händen haben

mußte, das ducere, worauf dasselbe lautete, war nur ausführbar, wenn dieselbe sich bei ihm vorfand, hatte er sie verkauft, bei Seite geschafft, war sie ihm abhanden gekommen oder untergegangen, so führte das Interdict nicht zum Ziel. Und sodann endlich verschaffte es im Fall seines Erfolges dem Kläger nur die Sache selber, keinen Ersatz für culpa, dolus, mora, da es wie alle Interdicte erst vom Moment seines Erlasses an wirkte, das Verhalten des Beklagten vor Erlaß desselben also keinen Gegenstand der richterlichen Untersuchung bildete. In allen diesen Richtungen war die Contractsklage dem Interdict überlegen, sie war lediglich an den Beweis des Abschlusses des Contracts geknüpft, alles andere kam nicht in Betracht, und sie gewährte dem Kläger vollen Ersatz.

Man möchte sagen, daß das Interdict selbst in der angegebenen Richtung, dem Besitzherrn die obrigkeitliche Autorisation zu der eigenmächtigen Wegnahme der Sache zu erwirken, völlig überflüssig gewesen sei, da ihm dem Detentor gegenüber die Befugniß dazu schon als Besitzer zustand. Allein dies halte ich nicht für richtig. Allerdings hatte er die Befugniß dazu, aber ihre Ausübung war an die erhebliche Beschränkung geknüpft, daß er keinen Eingriff in die Rechtssphäre des Gegners vornahm, es verhielt sich mit ihr nicht anders wie mit der, fließendes Wasser aus dem Bach zu schöpfen oder zu jagen u. s. w., auf fremdem Grundstück darf man sie wider Willen des Eigenthümers nicht ausüben. So auch die Befugniß zur Wegnahme der Sache nicht in dem Hause des Detentors. Hätte der Besitzherr wider dessen Willen in sein Haus dringen wollen, um dort Haussuchung zu halten und die Sache mit Gewalt wegzunehmen, so würde er damit einen Hausfriedensbruch: das crimen injuriarum ex lege Cornelia begangen haben [1]). So blieb nur der höchst seltene

1) l 5 pr. de injur. (47. 10) . . . domumve suam vi introita . . .

Fall, daß der Besitzherr den Detentor mit der Sache außer dem Hause traf, hier stand der gewaltsamen Wegnahme derselben nichts entgegen. Gerade darin bestand der Werth des interdictum utrubi, daß es dem Kläger die obrigkeitliche Ermächtigung zu dem zum Zweck des ducere erforderlichen Betreten des Hauses des Beklagten ertheilte und dem Gegner den Gebrauch seines Hausrechtes untersagte (vim fieri veto), und daraus ergibt sich, daß es auch für den Besitzherrn dem Detentor gegenüber keineswegs überflüssig war. Daß es aber gleichwohl für ihn nur von sehr geringem Werth war, wird dem Obigen nach nicht zweifelhaft sein, und so erklärt es sich, daß unsere Quellen desselben in dieser Anwendung meines Wissens nirgends gedenken.

Die bisherige Ausführung über das äußerst geringe praktische Interesse der Rechtsstellung des Besitzherrn bei beweglichen Sachen hatte zunächst nur den Zweck, die oben ausgesprochene Ansicht von der zeitlichen Priorität des Auftretens des Detentionsbegriffs bei unbeweglichen vor dem bei beweglichen Sachen zu begründen. Das gewonnene Ergebniß aber verwende ich zu einem andern Satz, der in meinen Augen einen hohen Werth hat, und mit dem ich mein Urtheil über die Bedeutung des Detentionsverhältnisses bei beweglichen Sachen abgebe. Er lautet: die Ausdehnung des Detentionsbegriffs von unbeweglichen Sachen, bei denen er eine hohe praktische Bedeutung hatte, auf bewegliche Sachen ist in Rom nicht um des praktischen Interesses willen erfolgt, sondern sie war lediglich das Werk der juristischen Consequenz, die einem einmal angenommenen Begriffe seine Geltung auch da nicht versagen konnte, wo er des praktischen Interesses entbehrte, kurz gesagt: des Begriffszwanges.

Wie die Rechtssätze, um ihren Zweck für dasjenige Verhältniß, für das sie bestimmt sind, zu erreichen, auch die Con-

sequenzen mit in den Kauf nehmen müssen, die sie für ein anderes Verhältniß zur unabwendbaren Folge haben, z. B. der Rechtssatz, daß der Besitzer als solcher den Rechtsschutz genießen soll, auch den Besitzesschutz für Diebe und Räuber, ebenso die Begriffe. Da gelangen dieselben denn durch die zwingende Macht ihrer selbst nicht selten in Regionen, wo sie keine praktische Function mehr ausüben —, es sind die höchsten Wipfel des Baumes, die nur noch Blätter, keine Früchte mehr tragen. Die Jurisprudenz kann sich einmal der Nöthigung, die Begriffe bis in ihre feinsten Spitzen und Verzweigungen zu verfolgen, nicht entziehen, und nicht selten gelingt es ihr, in diesen unpraktischen Regionen Begriffsmomente zu entdecken, die für die richtige Fassung des Begriffs und damit zugleich für seine praktische Verwerthung sich als höchst fruchtbar erweisen [1]), und auch für didaktische Zwecke kann die Behandlung derartiger rein akademischer Fragen ihren hohen Nutzen haben.[2]) Auch die römischen Juristen werfen nicht selten Fragen auf, zu denen das Leben ihnen keine Veranlassung geboten haben kann, z. B. die über die insula in mari nata, das Legat eines fructus deducto usu oder die ademtio des usus oder des fructus bei legirtem ususfructus, oder sie legen sich Rechtsfälle zurecht, die gar nicht vorkommen können — dialektisches Turngeräth für den Hörsaal zur Bewährung der Geschicklichkeit von Lehrer und Schüler! Ein wahres Kabinetstück dieser Art bietet die l. 55 de A. R. D. (41. 1) — eine juristische Jagdgeschichte, die dem seligen Münchhausen Ehre gemacht haben würde. Es handelt sich um die böswillige Befreiung eines Ebers aus der Schlinge eines Andern. Der Fall soll Anlaß bieten zur Beantwortung der Frage von der hier Platz greifen-

1) S. meinen Geist des R. R. B. 3, Aufl. 4, S. 385.

2) Diesen Zweck verfolgt meine kleine lediglich auf Unterrichtszwecke berechnete Schrift: „Die Jurisprudenz des täglichen Lebens".

den Klage. Man könnte ebenso gut die Frage aufwerfen, ob ein furtum oder damnum injuria datum oder beides vorliege, wenn Jemand dem Löwen eines Andern die Mähne abschneide und sie sich aneigne. Es soll einmal Jemand versuchen! Die Eber in Rom müssen sehr fromme Thiere gewesen sein, wenn Jemand auf die Idee hat gerathen können, ein solches Experiment mit ihnen vorzunehmen.

So gelangt die Jurisprudenz durch die Macht der Dialektik in Regionen, die dem wirklichen Leben fern liegen — die rein logischen oder akademischen Regionen der Rechtsbegriffe —, was ihr von Seiten der praktischen Juristen nicht selten den Vorwurf des müßigen Geistesspiels einträgt. Weiß sie aus diesen Regionen nichts Brauchbares mitzubringen, ist es bloß der Reiz des logischen Denkens, der Uebung des Scharfsinns, dem sie dabei nachgiebt, so kann ich diesen Untersuchungen keinen andern Werth zugestehen als den von dialektischen Turnübungen, die höchstens denjenigen, die sich selbst in dieser Weise zu versuchen lieben, ein Interesse abgewinnen können, die aber alle die, welche die Bestimmung der Wissenschaft darein setzen, dem Leben zu dienen, nur mit dem Bedauern erfüllen können, daß die geistige Kraft, die hier nutzlos vergeudet wird, nicht an fruchtbarere Probleme verwandt ist, an denen es für diejenigen, welche sie zu finden wissen, nie fehlt.

Diesen rein begrifflichen, d. i. alles praktischen Interesses baren Regionen der Rechtsbegriffe gehört meiner Ansicht die Detention bei beweglichen Sachen an. Der Detentionsbegriff ist auf sie nicht ihret-, sondern seiner selbst wegen ausgedehnt worden, nicht, weil die zweckentsprechende Gestaltung des Verhältnisses, sondern weil die Consequenz des Begriffes es erheischte. War mit der locatio conductio bei unbeweglichen Sachen Detention verbunden, wie konnte man bei beweglichen Sachen Besitz eintreten lassen? Unmöglich konnte

die Verschiedenheit des Gegenstandes bei der Miethe, ob es ein Haus, ein Zimmer oder ein Sklave oder ein Pferd war, einen Unterschied begründen. Und wenn derjenige, der für Geld eine bewegliche Sache geliehen hatte, Detention erhielt, wie konnte man demjenigen, der sie unentgeltlich geliehen hatte: dem Commodatar, Besitz zusprechen, und wenn ihm nicht, wie dem Depositar? Das eine zog nothwendigerweise das andere nach sich. So ist es die zwingende Macht der Consequenz des einmal aufgestellten juristischen Begriffs, kurz ausgedrückt der Begriffszwang gewesen, welcher die Ausdehnung des Detentionsbegriffs von unbeweglichen auf bewegliche Sachen nach sich gezogen hat. Diese Nöthigung hinweggedacht, angenommen also: den Römern wäre der Detentionsbegriff gänzlich unbekannt gewesen, ich möchte wissen, wie er bei beweglichen Sachen je hätte ins Leben treten sollen. Daß das praktische Interesse ihn nicht postulirte, glaube ich oben sattsam dargethan zu haben. Ob man den genannten Personen Besitz oder Detention zuspricht, macht praktisch für die Rechtsstellung des Besitzherrn nicht das Allermindeste aus, vorausgesetzt, daß man im ersten Fall ihm diesen abgeleiteten Besitz ganz so zur Usucapion anrechnet, wie das römische Recht es mit dem des Pfandgläubigers thut. Das Detentionsverhältniß bei beweglichen Sachen ist eins der harmlosesten Rechtsinstitute, die je das Licht der Welt erblickt haben, es führt eine rein akademische Existenz, der Gesetzgeber kann es herausnehmen (die angegebene Bestimmung über die Usucapion vorausgesetzt), ohne daß sich im bestehenden Rechtszustande das Allermindeste ändert. Welche Bewandtniß es mit dem theoretischen Grunde hat, durch den die Subjectivitätstheorie die Nothwendigkeit der Detention zu erweisen vermeint: dem mangelnden animus domini, werde ich seiner Zeit darthun. Da nun ein anderer Grund aber, der die Detention bei den beweglichen originär hätte ins Leben rufen

können, gar nicht erfindlich ist, so bleibt nichts übrig als der von mir angenommene Weg der sekundären Entstehungsweise, d. i. der Uebertragung. Es wiederholt sich bei ihnen derselbe Vorgang wie bei den unbeweglichen Sachen. Auch bei diesen ist, wie oben nachgewiesen, der Detentionsbegriff nicht originär entstanden, sondern vom römischen Hause hinübergenommen, die Verschiedenheit beider Vorgänge besteht nur darin, daß es bei den unbeweglichen Sachen das praktische Interesse war, welches die Uebertragung vermittelte, bei den beweglichen das begriffliche, formal juristische. Die erste Uebertragung kommt auf Rechnung des römischen Bauern, des gemeinen Mannes, der sehr wohl wußte, was sich für ihn daran knüpfte, ob seine Pächter, Miether als Besitzer oder nach Art seiner Hauskinder bloß als Detentoren angesehen werden sollten, die zweite auf Rechnung der Juristen. Die Detention bei unbeweglichen Sachen ist ein Gedanke des römischen Volks, ein unmittelbares Produkt des Lebens, bei beweglichen ein Ergebniß des specifisch juristischen Denkens, ein juristisches Kunstproduct.

Als solches giebt sie sich schon allein durch die außerordentliche Abweichung der juristischen Form des Verhältnisses von der natürlichen Gestalt zu erkennen. Der Detentor hat die bewegliche Sache in Händen und besitzt nicht, der Besitzherr hat sie nicht in Händen und besitzt. Bei unbeweglichen Sachen ist dieser Abstand ein ungleich geringerer. Bei der Pacht bestellt oder beweidet ein Anderer das Grundstück, aber der Zugang zu demselben und damit die Möglichkeit, nach der Sache zu sehen und sie sich erforderlichen Falls wieder anzueignen, ist dem Besitzherrn dadurch nicht abgeschnitten, sein physisches Verhältniß zu der Sache ist kein anderes als das des Pächters. Bei der Partialmiethe einer Wohnung — der ältesten Form derselben (S. 117) — ebenso, und nur bei der

Miethe eines ganzen Hauses hat der Miether es in der Hand, faktisch den Vermiether auszuschließen. Bei beweglichen Sachen dagegen geht der Besitz thatsächlich auf den Empfänger über, die Sache wird der Machtsphäre des Gebers gänzlich entzogen, der ihm zugeschriebene Besitz findet in dem äußern Verhältniß nicht den mindesten Anhaltspunkt, er beruht nur auf der Vorstellung, es ist lediglich die juristische Abstraction, die ihn hier im Widerspruch mit dem thatsächlichen Verhältniß zur Geltung gebracht hat. Welche Reife des juristischen Denkens dies voraussetzte, ist bereits oben (S. 96) angeführt worden.

Das Ergebniß des Bisherigen in wenig Worte zusammengefaßt, würde demnach lauten: das Detentionsverhältniß an beweglichen Sachen ist ein Rechtsinstitut ohne nennenswerthe praktische Bedeutung, das lediglich dem juristischen Denken seinen Ursprung verdankt, und das historisch erst ins Leben treten konnte, nachdem einerseits der Detentionsbegriff an unbeweglichen Sachen seine feste Ausbildung und Durchbildung erlangt, und nachdem andererseits die römische Jurisprudenz sich zu einer Höhe der Abstraction aufgeschwungen hatte, die erforderlich war, um das Verhältniß an beweglichen Sachen unter einen Begriff zu bringen, der mit der natürlichen Gestalt desselben im offenen Widerspruch stand.

Im Bisherigen haben wir drei Phasen der geschichtlichen Entwicklung des Detentionsbegriffs kennen lernen: Die erste: sein Auftreten im römischen Hause, — die zweite: seine Ablösung vom römischen Hause und seine Uebertragung auf Verhältnisse außerhalb des Hauses und zwar zunächst auf die an Grund und Boden, — die dritte: seine Uebertragung auf bewegliche Sachen. Auf der ersten Stufe war es die Verfassung des römischen Hauses, auf der zweiten das praktische Interesse, auf der dritten die Consequenz des juristischen Denkens, welche ihn mit sich brachte.

Damit ist aber die Geschichte des Detentionsbegriffs noch nicht beschlossen, derselbe fand im späteren Recht noch zwei neue Formen der Verwendung. Die eine bestand in seiner Accommodation für den Stellvertretungszweck, die andere in seiner Verbindung mit dem jus in re.

Der Stellvertretungszweck. Durch hausunterthänige Personen konnte der Hausherr den Besitz nicht bloß fortsetzen, aufrecht erhalten, sondern auch erwerben. Bei der Verwendung des Detentionsbegriffs für das Besitzverhältniß zwischen freien Personen nahm man nur das erste Moment hinüber, der Uebertragung des zweiten stellte sich der Grundsatz von der Unzulässigkeit der Stellvertretung entgegen[1]), von dem man auch zu Gunsten des Besitzes keine Ausnahme machte, zum besten Beweise, daß man die Natur desselben als eines Rechtsverhältnisses an der Sache schon in alter Zeit richtig würdigte. An diesem Satz hielt man noch bis in das zweite Jahrhundert der Kaiserzeit fest[2]), im Anfang desselben bereitet sich ein Umschwung vor[3]), der aber noch um die Mitte desselben nicht zum Abschluß gelangt war, da Gajus die Frage von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter noch als

---

1) Der für diese Unterscheidung maßgebende Gesichtspunkt ist bereits oben S. 115 angegeben worden.

2) Nach Savigny a. a. O. S. 313 soll bereits Labeo in l. 51 h. t. den Besitzerwerb durch Stellvertreter anerkannt haben, in dem „custodiam ponere" dieser Stelle erblickt er eine Thätigkeit des abwesenden Käufers, der eine Mittelsperson abschickt, um den gekauften Holzvorrath vorläufig, bis er abgeholt wird, zu bewachen, zu dieser Annahme bietet jedoch die Stelle selber nicht den mindesten Anlaß, und ihre Möglichkeit wird durch die Zeugnisse der späteren Juristen ausgeschlossen.

3) Neratius in l. 41 de usurp. (41. 3): quamvis per procuratorem possessionem apisci nos jam fere conveniat. Er selber war für die Zulassung der Stellvertretung l. 13 pr. de A. R. D. (41. 1); ebenso Celsus in l. 18 pr. h. t.

eine zweifelhafte bezeichnet.[1]) Nach dem Zeugniß von Ulpian und den Institutionen[2]) soll die Frage erst durch eine Constitution von Sever entschieden worden sein, das uns im Codex (l. 1 Cod. h. t. 7. 32) erhaltene Rescript dieses Kaisers zeigt aber, daß der Satz schon zu seiner Zeit in der Praxis angenommen war („pridem receptum est").

Damit hatte der Detentionsbegriff außerhalb des römischen Hauses dasjenige, in dem er bisher noch hinter seiner Verwendung innerhalb des römischen Hauses zurückgeblieben war, nachgeholt, er hatte mit diesem letzten Schößling, den er trieb, den Keim, der von allem Anfang an in ihm enthalten war, zur vollen Entfaltung gebracht, alles, was in ihm lag, hervorgetrieben, aus sich herausgesetzt. Erst mit der Zulassung der Stellvertretung beim Besitzerwerb hat die geschichtliche Entwicklung des Detentionsbegriffs den letzten ihr noch übrigen Schritt gethan, die Höhe erstiegen. Damit hat die Detention für das Verkehrsleben dieselbe unbeschränkte Verwendbarkeit erlangt, die sie für das römische Haus schon von allem Anfang an besaß: die einer Rechtsform gleichmäßig für die Erlangung wie für die Erhaltung des Besitzes.

Verbindung der Detention mit dem jus in re. Während die Römer den Besitzesschutz beim Pfandrecht und

---

1) Gaj. II. 95 tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem (so Studemund, falsch Huschke personam liberam) nobis acquiratur. Nach Savigny S. 315 Note 1 soll „die Stelle hier gar nicht benutzt werden können, da sie uns nicht ganz erhalten ist", die Vergleichung der Handschrift von Studemund hat den Ungrund dieser Behauptung dargethan, und Savigny hat dabei gänzlich den § 90 übersehen, wo Gajus es sogar als bestritten bezeichnet, ob man durch Personen in manu mancipiove den Besitz erwerben könne: „quia ipsas non possidemus" (S. 113).

2) l. 11 § 6 de pign. act. (13. 7) constitutum est ab imperatore nostro, § 5. J. per quas pers. (2. 9) . . secundum Divi Severi constitutionem.

bei der Emphyteusis durch die corporalis possessio vermitteln, geschieht es bei zwei andern: den persönlichen Servituten und superficies — ob für letztere schlechthin oder nur bedingt, bleibe zunächst noch dahingestellt (s. darüber XVII) — mittelst der juris possessio d. i. der Ausdehnung des Besitzrechtsschutzes auf das Detentionsverhältniß. Ob diese Erhebung der Detention zum Rechtsbesitz der Zulassung der Stellvertretung für den Besitzerwerb vorangegangen oder gefolgt ist, darüber wage ich nicht einmal eine Muthmaßung zu äußern, jedenfalls aber bezeichnet sie für die innere Entwicklungsgeschichte des Detentionsbegriffs die höchste Stufe, die er überhaupt erstiegen hat und ersteigen konnte. Auf der vorhergehenden hielt er sich noch innerhalb der Grenzlinie, die ihm durch seinen Gegensatz zum Besitz vorgezeichnet war, hier überschreitet er dieselbe, indem er das Moment des Besitzschutzes, das ihn bis dahin vom Besitz schied, in Gestalt des Rechtsbesitzes in sich aufnimmt. Wie geschickt auch die Jurisprudenz durch Zuhülfenahme des Begriffs der juris possessio sich das Verhältniß zurechtzulegen und der juristischen Vorstellung zugänglich zu machen suchte, in Wirklichkeit war das Recht damit über zwei Sätze der Besitzeslehre hinausgegangen: den *einen*, daß der Detentor possessorisch nicht geschützt ist, und den *andern*, daß eine compossessio plurium in solidum unmöglich ist. Der Usufruktuar ist lediglich Detentor, gleichwohl wird er geschützt, er ist damit also *praktisch* Besitzer geworden, ganz so, wie es Pächter und Miether in manchen heutigen Rechten geworden sind. Aber er hat noch einen Andern neben sich, der ebenfalls possessorisch geschützt ist: den Eigenthümer, und damit ist der zweite obige Satz preisgegeben, *praktisch* haben wir hier in Wirklichkeit eine compossessio plurium in solidum. In dem Verhältniß zu dritten Personen tritt dieselbe völlig klar zu Tage, der Usufructuar ist gegen Besitz-

entziehung und Besitzesstörungen ganz so geschützt, wie jeder Sachbesitzer, nur im Verhältniß beider Personen zu einander erleidet ihr Mitbesitz die Modifikation, welche durch den Inhalt ihres beiderseitigen Rechtes geboten ist: nach Maßgabe der Rechtssphären sind auch die Besitzessphären geschieden.

Nach beiden Seiten hin ward der Widerspruch, in den man dadurch mit dem bisherigen Besitzdogma gerieth, abgewandt durch Aufstellung des Begriffs der juris possessio, er stellt uns einen der glücklichsten technischen Kunstgriffe der römischen Jurisprudenz dar, durch den sie es ermöglichte, eine Neuerung, die in ihrer cruden thatsächlichen Gestalt mit der bisherigen Besitztheorie unverträglich war, mit ihr in Einklang zu bringen — eine beachtenswerthe Lehre für alle diejenigen Juristen, welche heutzutage einer Neuerung, die durch praktische Gründe geboten ist, mit dem Popanz der juristischen Unmöglichkeit glauben entgegentreten zu können. Wenn wir aber von dieser juristischen Form absehen uud lediglich die praktische Gestaltung des Verhältnisses ins Auge fassen, so dürfen wir sagen: in der juris possessio greift der Detentionsbegriff in das Gebiet des Besitzes hinüber. Mit Zulassung der Stellvertretung hatte er den Höhepunkt erstiegen, der ihm, so lange er sich nicht über sein Gebiet hinaus ergehen wollte, überhaupt erreichbar war, in der juris possessio läßt er sich von dem Kamm des Berges, der das Gebiet des Besitzes von dem seinigen trennt, in jenes nieder, die Demarkationslinie zwischen Besitz und Detention ist überschritten, die Detention wird Besitz.

Dieser letzte Schritt, den wir von dem Detentionsbegriff zu berichten haben, knüpft an seine ersten historischen Anfänge an, er spielt auf demselben Boden, wo er zuerst ins Leben getreten ist: auf dem des römischen Hauses. Obschon es uns an positiven Zeugnissen darüber fehlt, ob die persönlichen Ser-

vituten oder die Superficies zuerst des quasipossessorischen Schutzes theilhaftig geworden sind, so werden wir doch keinen Anstand zu nehmen haben, uns aus inneren Gründen für das erstere der beiden Verhältnisse zu erklären. Bei ihm war das Bedürfniß desselben ein ungleich zwingenderes, als bei dem zweiten, was ich weiter auszuführen gar nicht für nöthig halte, und auch das fruemini[1]) des interdictum de superficiebus scheint mir auf eine Nachbildung des dem Usufruktuar bereits vorher in derselben Wortfassung zugestandenen Interdicts hinzuweisen[2]). Die Priorität des quasipossessorischen Schutzes für die persönlichen Servituten einmal angenommen, so versetzt uns dieser Anwendungsfall desselben in das römische Haus, denn die ursprüngliche und auch regelmäßige Form, in der dieselben in Rom vorkamen, war das Vermächtniß derselben an die Wittwe, und diese enge Beziehung zum Hause behielt der Usus fructus selbst noch in der späteren Zeit bei (usus fructus legalis des Vaters an den Adventitien der Kinder — des unschuldigen Theils bei der Ehescheidung — des zur zweiten Ehe schreitenden Gatten) und sie wiederholt sich auch im heutigen Recht beim usus fructus maritalis. Es liegt auf der Hand, daß dies nicht Zufall sein kann, und der Grund, auf dem diese innige Verbindung des Usus fructus mit der Familie beruht, ist nicht schwer zu finden. Er ist ethischer Art: die durch das Familienband begründete sittliche Verpflichtung zur Sorge für die Angehörigen. Die Beschränkung, welche der Usus fructus in sich schließt: die Zuwendung auf Lebenszeit hängt mit der Erwägung zusam-

1) Das utemini, welches Lenel, Das Edictum perpetuum, S. 381, in die Formel aufnimmt, findet sich nicht in der Florentina.

2) Mit Rücksicht auf den Usuar war dasselbe auch auf das uti gestellt, Vat. fr. § 90. Daß man „ad exemplum" dieses Interdicts auch in Fällen, wo kein usus fructus vorlag, quasipossessorichen Schutz gewährte, darüber s. l. 27 de don. (39. 5).

men, daß der Rücksicht auf gewisse Verwandte — es sind diejenigen, welche keine Kinder zu erwarten haben — damit vollkommen Genüge geschieht, während neben ihnen noch andere stehen — es sind diejenigen, welche Aussicht auf Nachkommenschaft haben — für die in dauernder Weise gesorgt werden muß. Auf dieser Erwägung beruhen die beiden praktisch allein ins Gewicht fallenden Anwendungsfälle des Ususfructus: der letztwillig hinterlassene und der gesetzliche. Die vertragsmäßige Zuwendung desselben an dritte, nicht zur Familie gehörige Personen ist für das Leben ohne alle Bedeutung, sie gehört zur Zahl jener oben (S. 131) charakterisirten äußersten Spitzen, letzten Triebe des Begriffs in unpraktischen Regionen. Auf dem Verkehrsboden wäre der Ususfructus schwerlich je zum Vorschein gelangt, das Interesse des Verkehrs erfordert ihn nicht, sein Mutterboden ist die Familie, und sie ist zugleich die Stelle seines regelmäßigen Vorkommens. Sein Domicil ist das Haus, das er fast nie verläßt, um auf die Straße zu gehen, seine Aushäusigkeit existirt nur in den Compendien, nicht in der Wirklichkeit, sie steht auf einer Linie mit der Besitzesklage bei beweglichen Sachen (S. 126) und mit dem Eberfall (S. 130) — man könnte eine Prämie ausschreiben, um eines wirklich vorgekommenen Falles habhaft zu werden.

Unser Resultat ist: die Verbindung des Detentionsbegriffs mit der juris possessio bei den persönlichen Servituten[1]) kommt auf Rechnung des römischen Hauses, zum zweiten Male ist es das römische Haus, welches einen der wichtigsten Begriffe der römischen Besitzeslehre aus sich entläßt, das erste Mal den Detentionsbegriff, das zweite Mal den des Rechtsbesitzes, beide Male nicht aus Anlaß doctrinärer Speculationen, sondern

1) Bei den Prädialservituten verbindet sich mit der juris possessio keine Detention, dies Verhältniß fällt daher nicht in den Rahmen der gegenwärtigen Untersuchung.

praktisch zwingender Gründe — das römische Haus enthält wie den Ausgangspunkt, so auch den Endpunkt der geschichtlichen Entwicklung des Detentionsbegriffs.

So schließt also die Entwicklungsgeschichte des Detentionsbegriffs ab mit der Erkenntniß der eminenten Bedeutung des römischen Hauses für die Entwicklung der römischen Besitzeslehre. Im römischen Hause ist der Gegensatz zwischen civilis und naturalis possessio den Römern zuerst zum Bewußtsein gekommen, dem römischen Hause haben sie in dem häuslichen Detentionsverhältniß das Vorbild entnommen, das sie im contractlichen nachbildeten, dem römischen Hause verdanken sie den Gegensatz zwischen corporis und juris possessio — das römische Haus hinweggedacht, und der Besitz hätte eine gänzlich andere Gestaltung erhalten. Jedenfalls aber glaube ich durch die bisherige Ausführung so viel dargethan zu haben, daß das römische Haus den Schlüssel zum Verständniß der römischen Besitzeslehre enthält.

Noch eine Erscheinung ist es, die dasselbe uns bei dem Abschluß der geschichtlichen Entwicklung der Besitzeslehre darbietet, es ist der gänzliche Umschlag im Besitzverhältniß der Kinder. Mit der ihnen nach und nach in immer erweitertem Maße zugestandenen Eigenthumsfähigkeit war ihnen auch die Besitzfähigkeit zugestanden, zum besten Beweise, daß die Römer die Consequenz, welche nach meiner Theorie der Eigenthumsbegriff in sich schließt, richtig zu würdigen verstanden. Die väterliche Gewalt bildete in ihren Augen kein Hinderniß des Besitzwillens in der Person des Sohnes, sie sahen nicht auf den Willen, sondern auf das Eigenthum und erkannten darum dem Hauskinde mit letzterem zugleich den Besitz zu. Dadurch aber, daß das Recht des Vaters an den bona adventitia unter den Gesichtspunkt eines gesetzlichen ususfructus gebracht ward, kam jetzt das gerade Gegenstück des ursprüng-

lichen häuslichen Besitzverhältnisses heraus: der Sohn besitzt, der Vater detinirt! Die Entwicklung endet also damit, daß sich das Verhältniß der Urzeit geradezu auf den Kopf stellt. Das römische Haus ist die Stätte, wo der Besitz bis zuletzt nicht zur Ruhe gekommen ist.

Ich reproducire schließlich die ganze im Bisherigen geschilderte Entwicklungsgeschichte des Detentionsbegriffes in kurzer Uebersicht:

I. Das römische Haus der Ursitz des thatsächlichen Vorkommens des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention und die Stätte, wo er zuerst ins Bewußtsein trat.

II. Ablösung des Detentionsbegriffes vom römischen Hause und Erstreckung der einen Seite desselben: Fortdauer des Besitzes für den Besitzherrn auf das contractliche Verhältniß, und zwar

1. bei unbeweglichen Sachen (praktisches Interesse)
   a) partielle Ueberlassung derselben an Pächter und Miether,
   b) totale Ueberlassung;
2. bei beweglichen Sachen (Begriffszwang).

III. Ablösung der zweiten Seite des häuslichen Detentionsverhältnisses: Erwerb des Besitzes — Zulassung der Stellvertretung mittelst freier Personen.

IV. Verbindung des Detentionsbegriffs mit dem Besitzbegriff, der Indifferenzpunkt beider: die juris possessio.

V. Uebertragung des Besitzes auf die Hauskinder.

Damit ist die Aufgabe, die ich mir gesetzt hatte, erledigt. Wenn ich das Ergebniß der Untersuchung, die ich der historischen Entwicklung des Detentionsbegriffs bei den Römern

gewidmet habe, in wenig Worte zusammenfassen soll, so besteht es negativ darin: die Annahme, daß die Römer den Gegensatz zwischen Besitz und Detention der Anschauung der Zwiespältigkeit des Besitzwillens entnommen haben sollten, wie dies zufolge der Subjectivitätstheorie hätte geschehen müssen, ist eine gänzlich unhaltbare (VII), in Wirklichkeit ist es das römische Haus gewesen, wo er zuerst und zwar gänzlich unabhängig von der Qualifikation des Besitzwillens das Licht der Welt erblickt hat. Einem vom Willen des Besitzers verschiedenen Besitzwillen des Detentors sind wir auf diesem ganzen Wege nirgends begegnet, es ist nicht das subjective Moment des Willens, sondern es sind objective Gründe gewesen: das praktische und technisch juristische Interesse, welche die ganze Entwicklung des Detentionsbegriffs in Scene gesetzt haben.

IX.

Die processualische Probe.

Wir vergessen alles, was wir im Bisherigen über die praktischen Motive, welche die Ablösung des Detentionsbegriffes vom römischen Hause und seine Uebertragung auf das Verkehrsleben bestimmt haben, wir kehren mit vollem Vertrauen und unerschüttertem Glauben an ihre Richtigkeit zur Subjectivitätstheorie zurück. Der Besitzwille gibt den Ausschlag — mit diesem Axiom treten wir an die folgende Ausführung heran.

Sie hat, wie oben (S. 88) angegeben, die Anlegung des praktischen Maßstabes an die Subjectivitätstheorie zur Aufgabe, und zwar nach den beiden Richtungen hin, die derselbe in sich schließt: der prozessualischen und der legislativpolitischen. Jene Probe hat die Subjectivitätstheorie zu bestehen vor dem Richter, diese vor dem Gesetzgeber; jene soll uns darüber Auskunft geben, ob und in welchem Maße sie den Anforderungen entspricht, welche durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den einzelnen Fall geboten sind, es sind die rein formalen der leichten, bequemen, sicheren Anwendbarkeit oder, wie ich es bezeichne: der Praktikabilität[1]). Diese darüber, wie es sich in materieller Beziehung mit ihrer

---

1) S. darüber meinen Geist des R. R. B. 1, S. 51 fl. B. 3, S. 328.

Brauchbarkeit verhält, ob die Sätze, die sie aufstellt, und die Consequenzen, die sie in sich schließt, wenn sie selber sich ihrer auch nicht bewußt geworden ist, sich vom legislativ-politischen Standpunkt aus rechtfertigen lassen.

Wir wenden uns zunächst der processualischen Probe zu.

Die Gewährung des Rechtsschutzes durch den Richter ist bedingt durch den Nachweis, daß der Thatbestand, an welchen das Gesetz den Anspruch geknüpft hat, vorhanden ist. Der Beweis ist der Preis, um den der Richter ihn verabfolgt, den Jeder entrichten muß, der ihn in Anspruch nimmt, an der Beweisfrage hängt praktisch die Behauptung des Rechts im Fall seiner Bestreitung.

Zwei Momente sind es, welche für das Gelingen des Beweises in Betracht kommen. Das eine ist concreter Art, es entfällt auf die Partei: Besitz der erforderlichen Beweismittel, das andere ist abstracter Art, es entfällt auf den Gesetzgeber, ich bezeichne dasselbe kurz als sein Verhalten zum Beweisproblem. Dasselbe richtet zwei Aufgaben an ihn. Die eine gehört dem Prozeß an, sie besteht in der Aufstellung der allgemeinen processualischen Normen, welche für den Beweis maßgebend sein sollen: einer Beweistheorie. Die andere gehört dem Privatrecht an, sie hat zum Gegenstande die Rücksicht auf die Beweisfrage bei Aufstellung der materiellrechtlichen Rechtssätze. Nur mit der letzteren haben wir es hier zu thun.

Durch eine ungeschickte Lösung dieser Aufgabe kann der Gesetzgeber den Beweis in einer Weise erschweren, daß dies praktisch der Schutzlosigkeit des Rechts gleich kommt. Wollte er dem Usucapienten die Erbringung des vollen von ihm für die Usucapion aufgestellten Thatbestandes auferlegen, so müßte derselbe außer den positiven Erfordernissen derselben (Besitz und Titel) auch die negativen darthun:

daß er nicht in mala fide gewesen, die Sache keine usucapions-unfähige, sein Besitz niemals unterbrochen worden sei. Die Usucapion würde dadurch für bewegliche Sachen ihres Werthes so gut wie beraubt sein, der Gesetzgeber würde mit der einen Hand nehmen, was er mit der anderen gegeben hätte.

Richtige Gestaltung der Beweisfrage muß demnach für den Gesetzgeber bei allen Rechtssätzen, die er aufstellt, ein Hauptaugenmerk bilden. Er muß denselben diejenige Form geben, die der Partei keinen zu schwierigen Beweis aufbürdet und es dem Richter ermöglicht, sie ohne mühevolle und zeitraubende Untersuchungen zur Anwendung zu bringen. Entschlägt er sich dieser Rücksicht, so erschwert er sich selber die Erreichung des Ziels, das er sich vorgesetzt hat, er gleicht einem Maschinenbauer, der eine Maschine construirt, welche durch Reibung die Kraft, die sie erzeugt, selber consumirt. Eine solche Maschine nennen wir eine unpraktische, und ganz dieselbe Bezeichnung trifft für Rechtssätze zu, welche auf Seiten des Richters und der Parteien einen Aufwand von Kraft erheischen, der mit dem erstrebten Resultat in keinem Verhältniß steht. Für die Rechtsmaschinerie gilt dieselbe Maxime wie für jede andere: möglichste Verringerung des auf Reibung entfallenden Kraftverbrauchs.

Drei Wege öffnen sich dem Gesetzgeber, um dies zu erreichen.

Der eine besteht darin, daß er dem Gedanken, der ihm vorschwebt, der sich aber als solcher zur Anwendung nicht eignet, eine derartige Gestalt giebt, welche sie ermöglicht. Angenommen, seine Absicht ginge dahin, das active und passive Wahlrecht an die Voraussetzung der politischen Urtheilsfähigkeit oder Intelligenz zu knüpfen, so ist klar, daß das Gesetz in dieser Fassung gänzlich unausführbar sein würde, es würde den Behörden, die mit der Ausführung betraut wären, die unsäglichste Mühe machen, die widerwärtigsten Entscheidungen

zumuthen, und bei Verschiedenheit der Behörden würde wegen der Verschiedenheit des subjectiven Maßstabes eine Ungleichheit in der Anwendung unvermeidlich sein. Dem Gesetzgeber ist hier der Weg, den er einzuschlagen hat, klar vorgezeichnet, es ist derjenige, den die Gesetzgebung überall richtig erkannt hat: es werden bestimmte Klassen der Bevölkerung namhaft gemacht, bei denen die Voraussetzung der Intelligenz regelmäßig thatsächlich zutrifft, an Stelle des unbestimmten Begriffs der Intelligenz werden feste, leicht erkennbare Kategorien: Besitz eines gewissen Vermögens, Gymnasialbildung u. s. w. gesetzt, welche sich mit diesem Begriff nahezu decken. Allerdings wird damit der gesetzgeberische Gedanke nicht vollständig realisirt, es ist ebenso gut möglich, daß sich unter den Kategorien, die er zuläßt, Individuen finden, bei denen die Voraussetzung nicht zutrifft, als unter denjenigen, die er ausschließt, solche, bei denen sie vorliegt. Aber dieser Verzicht auf die volle Congruenz des Gedankens mit der Wirklichkeit, dieser Nachlaß, zu dem derselbe sich verstehen muß, ist die unerläßliche Bedingung seiner praktischen Brauchbarkeit, was derselbe in der einen Beziehung opfert, wird reichlich aufgewogen durch dasjenige, was er in der anderen gewinnt. Der Gesetzgeber kann den Gedanken nicht in derselben Weise ausdrücken, wie der Philosoph, der Maßstab der Correctheit, der Fassung, der an beide ergeht, ist ein gänzlich verschiedener. Aliter, sagt Cicero (de offic. III 17) leges, aliter philosophi tollunt astutias, leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.

Approximative Realisirung der ihm vorschwebenden Idee — das also ist die Aufgabe, welche der Grundsatz der Praktikabilität des Rechts für den Gesetzgeber überall da mit sich bringt, wo dieselbe in ihrer vollen Reinheit den Bedingungen der praktischen Anwendung spottet. Mit dem

Ausdruck: *approximativ* habe ich den Gesichtspunkt namhaft gemacht, durch den er sich leiten zu lassen hat: er soll der Idee *möglichst* nahe kommen. Er steht hier vor derselben Aufgabe, wie der Mathematiker bei der Quadratur des Kreises, das Problem als solches ist ein unlösliches, aber es verträgt wenigstens eine annähernde Lösung, und diese ist von Beiden zu erstreben[1]).

Je mehr er die Deckung erreicht, desto vollkommener, je weniger, desto unvollkommener hat er seine Aufgabe gelöst.

Die Frage, die er sich vorzulegen hat, lautet: welche Kategorien, durch die das von ihm erstrebte x sich ersetzen läßt: a, b, c, d oder b, c, d, e u. s. w., treffen thatsächlich im Leben mit x regelmäßig zusammen? Die Frage nimmt für ihn die Gestalt einer *statistischen* an. Kommen bei a auf 100 Fälle nur 20, 30, in denen es mit x thatsächlich sich deckt, so würden 80, 70 in den Kauf genommen werden müssen, in denen dies nicht der Fall ist, die Kategorie a ist demnach ungeeignet, der Zweck, den er bei x im Auge hat, würde durch Zulassung derselben mehr gefährdet als gefördert werden. Kommen umgekehrt bei b auf 100 Fälle 70, 80, wo x mit b zusammentrifft, so macht es sich bezahlt, die 30, 20, wo x versagt, in den Kauf zu nehmen, für den Zweck von x bleibt immerhin noch ein Ueberschuß von 40, 60.

---

1) Nur um dem Vorwurf der Unvollständigkeit bei der obigen Darstellung zu entgehen, will ich bemerken, daß sich dem Gesetzgeber noch die Möglichkeit darbietet, mit der *abstract-approximativen* Methode die *individualisirende* mittelst freien richterlichen Ermessens zu verbinden und dadurch volle Deckung zu erreichen. Ein Beispiel aus dem römischen Recht gewährt die Feststellung der Altersstufen, sie enthält die Combination beider Methoden, d. i. *fester, abstracter* Altersstufen. (7, 12, 14, 25 Jahr) mit *beweglichen, individuell* zu bestimmenden (infantiae, pubertati proximi, venia aetatis). Da diese Gestaltung der Sache für unsere Untersuchung ohne Interesse ist, führe ich sie nicht weiter aus.

Mit diesem Gedanken sage ich sachlich nichts Neues, derselbe ist bereits von den römischen Juristen richtig erkannt und ausgesprochen worden[1]), wenn auch vielleicht nicht in Hinblick auf das Problem, das ich hier im Auge habe, ich habe ihm nur eine andere Fassung gegeben, die ich aber, da sie das Sachverhältniß mit einem Wort in ein klares Licht setzt, nicht für ungeeignet halte.

Um zu beurtheilen, ob der Gesetzgeber annähernd x erreicht hat, müssen wir wissen, worin dasselbe besteht. Darüber kann er uns selber Auskunft gegeben haben, und zwar in doppelter Form. Einmal, indem er es als Motiv für seine Specialbestimmungen namhaft macht, sodann in der Weise, daß er ihm den formellen Ausdruck eines Rechtssatzes giebt, dem er aber die Modification hinzufügt: als x sollen gelten a b c d. Es ist dies die Gestalt der Sache, welche man mit dem Ausdruck: praesumtiones juris et de jure zu bezeichnen pflegt. Wo der Gesetzgeber, wie es die Regel bildet, uns sein x selber nicht genannt hat, ist es die Aufgabe der Wissenschaft, aus den Daten, die er selber an die Hand gibt, sich dasselbe zu abstrahiren, es ist der Weg, den von jeher die Jurisprudenz eingeschlagen hat, um die beschränkte Gestalt, in der die gesetzgeberischen Gedanken regelmäßig zuerst in die Erscheinung zu treten pflegen, auf dem Wege der analogen Ausdehnung zu erweitern. Aus a b c gewinnt sie x und aus x wiederum d e f, sie bewegt sich dabei, wenn ich es einmal bildlich ausdrücken soll, nicht in der Ebene, indem sie in gerader Linie von den gegebenen Größen zu den neuen fortschreitet, wie

---

1) Pomponius in l. 3 de leg. (1. 3): Jura constitui oportet. ut dixit Theophrastus, in his, quae ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non, quae ἐκ παρα λόγου, Celsus in l. 4, 5 etc.: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt.

man dies fälschlich nicht selten anzunehmen pflegt, sondern sie nimmt, ob bewußt oder unbewußt, ist gleichgültig, den Umweg durch das Princip, durch x, d. h. sie steigt von unten nach oben, von a b c zu x, und von oben nach unten, von x zu d e f.

Es ist ein empfindlicher Mangel unserer wissenschaftlichen Terminologie, daß die Wissenschaft für jene eigenthümliche legislative Procedur keinen Namen besitzt, um so befremdender, da wir es hier nicht mit einer vereinzelten und unerheblichen Erscheinung zu thun haben, sondern mit einer solchen, welche sich in allen Rechten und auf allen Stufen der Rechtsentwicklung wiederholt und eine der Fundamentaloperationen der legislativen Technik in sich schließt. Freilich — — die Theorie der legislativen Technik soll noch erst geschrieben werden! Thatsächlich ist sie stets geübt, aber die geringe Beachtung des legislativ-politischen Elements im Recht, welche einen Grundzug unserer Jurisprudenz bildet, hat sich auch daran bewährt, daß sie der Technik des Gesetzgebers gar keine Aufmerksamkeit zugewandt hat. Ich selber habe mich lange und viel bemüht, für die legislative Substituirung der praktikablen Form der Rechtssätze an Stelle der unpraktikablen einen zutreffenden Namen zu finden, aber leider vergebens, ich habe keinen anderen gefunden als den der Approximationsmethode, der die Sache nur nach einer Seite hin deckt, nur das Moment der nicht völlig erreichten Deckung betont, nicht aber das vielleicht noch wichtigere der Handfestigkeit der Form, des manu tenere, wie Cicero sich ausdrückt, durch welche die Praktikabilität hier erreicht wird. Diese zweite Seite ließe sich vielleicht am besten durch Surrogationsmethode bezeichnen, und so lange kein besserer Ausdruck gefunden wird, könnten wir beide Seiten etwa unter dem der approximativen Surrogationsmethode zusammenfassen.

Nachlaß an dem x, das ihm vorschwebt, darin besteht das Mittel, wodurch der Gesetzgeber im obigen Verhältniß der Anforderung der Praktikabilität entspricht. Auf demselben Gedanken des Nachlasses beruhen die beiden ihm noch übrigen Wege, um diesen Zweck zu erreichen, nur daß dieser Nachlaß hier nicht die Sache zum Gegenstand hat, sondern den Beweis. Der Gesetzgeber läßt von dem Beweise, den der Kläger streng genommen führen müßte, etwas nach. Der Thatbestand des Rechts soll bestehen aus m, n, o, p. Hier hätte der Kläger das Dasein aller vier Momente zu beweisen. Davon hot der Gesetzgeber in manchen Fällen abgesehen, indem er den Kläger von dem Beweise eines oder mehrerer dieser Momente entbindet und dem Gegner den Beweis ihres Nichtdaseins anheimstellt. Dies ist in doppelter Weise möglich. Einmal in Form einer speciell für diesen Fall aufgestellten Beweisregel: der Präsumtion (processualischer Weg), das Moment, auf das sie sich bezieht, soll als p (= Präsumtion) bezeichnet werden. Sodann durch Zerlegung des Thatbestandes in einen positiven Theil, den der Kläger, und einen negativen Theil (—n), den der Beklagte zu erweisen hat (materiellrechtlicher Weg). Beide Gestaltungen werden nicht selten mit einander verwechselt, indem man in beiden Fällen von Präsumtionen spricht, in Wirklichkeit sind sie verschieden. Ich glaube dies am besten in Gestalt der obigen Formel veranschaulichen zu können. Bei der Präsumtion lautet der Thatbestand: $m + n + o + p$, in dem anderen Fall: $m + o + p - n$. Dort müßte der Kläger das Moment p beweisen, aber das Gesetz nimmt es bis auf erbrachten Gegenbeweis als vorhanden an, hier braucht er n schon an sich nicht zu beweisen, es gehört gar nicht zum Thatbestande seines Rechts, er braucht daher in der Klage auch kein Wort darüber zu verlieren, dasselbe kommt erst durch den

Beklagten in den Prozeß hinein, während er dort, streng genommen, wie die übrigen drei Momente, so auch p in Bezug zu nehmen hätte.

Zur Veranschaulichung des Gegensatzes und zugleich zur Probe auf die Richtigkeit dieser Unterscheidung mögen folgende Beispiele dienen.

Die römischen Juristen erfordern für das Darlehn Eigenthum in der Person des Darleihers [1]). Welchen Sinn das hat, habe ich an anderer Stelle [2]) auseinandergesetzt, es soll dadurch dem Empfänger für den Fall, daß ihm das Geld vom wahren Eigenthum abgestritten worden ist, die Vertheidigung in Form des Ipso-jure-Einwandes ermöglicht werden: ein Darlehn ist gar nicht zu Stande gekommen, das Geld ist nicht in mein Vermögen gebracht worden. Zweifellos trägt dies Erforderniß die Gestalt eines positiven an sich, nach allgemeinen Beweisregeln hätte also der Kläger das Dasein desselben zu erweisen. Daß damit die Darlehnsklage praktisch einem chikanösen Beklagten gegenüber illusorisch gemacht werden könnte, bedarf nicht der Bemerkung; es soll einmal Jemand beweisen, daß die Umstände, welche den Erwerb des Eigenthums an den Geldstücken in seiner Person hätten ausschließen können [3]), in Wirklichkeit nicht vorgelegen haben, oder daß er sie mit den seinigen vermischt habe. Von diesem unmöglichen Beweise

1) l. 2 § 4 de Reb. cred. (12, 1): In mutui datione oportet dominum esse dantem.

2) Geist des R. R. Bd. 4. S. 76, Grund des Besitzesschutzes Aufl. 2. S. 48 fl.

3) Beispiele aus den Quellen: Geld, welches von einem Gatten geschenkt ist, l. 39 de don. i. V. (24. 1), deponirtes Geld l. 8 Cod Dep. (4. 34), unwirksame Zahlungen hausunterthäniger oder bevormundeter Personen l. 11 § 2 de Reb. cred. (12. 1), l. 67 de J. Dot. (23. 3), l. 3 § 2 ad SC. Mac. (14. 6), gestohlenes Geld l. 3 § 9 de statut. (40. 7), Privilegium des Fiscus l. 18 § 10, l. 21 de J. fisci (49. 14).

wird der Kläger durch die Präsumtion befreit, das Erforderniß trägt die processualische Gestalt p an sich.

Ebenso verhält es sich mit dem Beweise der Kindschaft. Der Strenge nach hätte das Kind, dem sie bestritten wird, die Zeugung von diesem Vater beweisen müssen — ein unmöglicher Beweis. Er wird erspart durch die bekannte Präsumtion: pater est, quem nuptiae demonstrant. Auch hier handelt es sich um ein positives Moment des Thatbestandes, die Befreiung vom Beweise läßt sich in diesem so wenig wie im ersten Fall auf den Gesichtspunkt eines vom Kläger nicht zu erweisenden negativen Moments des Thatbestandes bringen, das Vorhandensein einer Präsumtion ist hier völlig unzweifelhaft.

Ganz anders bei den schon früher (S. 59) von uns berührten Hindernissen der Usucapion[1]), mit denen die bei der Klagverjährung auf einer Linie stehen. In praktischer Beziehung ist es allerdings völlig gleichgültig, ob man auch bei ihnen sich der Wendung bedienen will: ihr Nichtvorhandensein wird präsumirt, aber logisch correct ist dies nicht. Wo mir nichts im Wege steht, brauche ich es nicht erst hinwegzuräumen, und dieser Satz gilt wie für jede Situation, so auch für die processualische in Bezug auf die Hindernisse, die dem Kläger entgegengesetzt werden können, so lange dies nicht geschehen ist, existiren sie für ihn nicht, sind sie nichts als abstracte Möglichkeiten, die ihn nicht zu kümmern brauchen. Werden sie ihm aber entgegen-

1) Unstreitig gehören dazu die Usucapionsunfähigkeit der Sache und die Unterbrechung der Ersitzung. Ich meinerseits zähle auch das von den römischen Juristen in positiver Form ausgedrückte Erforderniß der bona fides dazu, ich gebe ihm die negative Form der Abwesenheit der mala fides u. s. w. Für diese Form hat sich auch der mir soeben zukommende Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs § 881 entschieden. Für die obige Ausführung ist diese Differenz ohne Bedeutung, der Leser möge dabei bloß an die beiden genannten Usucapionshindernisse denken.

gestellt, so kann es nur um den Preis geschehen, daß der Beklagte, welcher ihr concretes Dasein behauptet, diese Behauptung beweist, und dieser Beweis trifft ihn, weil der Thatbestand der Usucapion und der Klagverjährung von vornherein so zugeschnitten ist, daß ein Theil desselben: der positive auf den Kläger, ein anderer: der negative auf den Beklagten entfällt. Mit demselben Recht wie hier könnte man in allen Fällen, in denen von Seiten des Beklagten der Klage ein Einwand entgegengesetzt wird, den er zu beweisen hat, von einer Präsumtion sprechen. Dann hätten wir bei der Forderung zu präsumiren, daß sie nicht getilgt, beim Rechtsgeschäft, daß es kein erzwungenes, nicht durch dolus, Irrthum des Beklagten bewirkt ward, bei jeder Klage, daß ihr keine exceptio entgegenstehe. Und mit demselben Recht, mit dem man die Präsumtion zu Gunsten des Klägers in Bezug auf diejenigen Momente, die er nicht zu beweisen hat, aufbieten könnte, müßte es consequenter Weise auch zu Gunsten des Beklagten geschehen in Bezug auf diejenigen, welche der Kläger zu erweisen hat, z. B. daß der Beklagte keinen dolus, keine culpa begangen habe, nicht in mora sei, kurz es wäre dann des Präsumirens kein Ende, die ganze processualische Atmosphäre, in der sich die Parteien bewegten, wäre mit lauter Präsumtionen geschwängert. Die Präsumtion hat ihre richtige Stelle nur da, wo es sich um eine von der Partei zu behauptende Wirklichkeit, nicht um die Abwehr bloßer Möglichkeiten handelt. Der Richter hat es nur mit Wirklichkeiten zu thun, welche als solche von den Parteien behauptet sind, oder behauptet werden müssen, die Präsumtion gegen bloße Möglichkeiten aufbieten, wäre ein processualischer Kampf gegen Windmühlen.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß sich an die Unterscheidung des hier behandelten Gegensatzes zwischen der Präsumtion und der Zerlegung des Thatbestandes ein praktisches

d. i. processualisches Interesse überall nicht knüpft, der Praktiker mag also immerhin fortfahren, wie er es bisher gewohnt gewesen ist, auch in Fällen der letzteren Art vom Standpunkt des Beweises aus von Präsumtionen zu sprechen. Aber der Theoretiker, der die Aufgabe hat, die Sache technisch correct darzustellen, sollte meines Erachtens den angegebenen Unterschied nicht außer Acht lassen und sich überall darüber schlüssig werden, ob er ein Moment, das der Kläger nicht zu beweisen braucht, unter die eine oder andere Kategorie zu bringen hat. Daran fehlt zur Zeit noch sehr viel. Einen Theil der Schuld kann unsere Jurisprudenz auf die römischen Juristen abladen, die bei der Gestaltung, welche das Beweisrecht bei ihnen an sich trug, keinen Anlaß hatten, sich über die verschiedene Form der Beweiserleichterung auszusprechen. Der von mir hier entwickelte Gegensatz zwischen den positiven und negativen Momenten des Thatbestandes scheint ihnen gar nicht zum Bewußtsein gekommen zu sein, er wird von ihnen weder abstract ausgesprochen, noch auch im einzelnen Fall beachtet, so nehmen sie z. B. keinen Anstand, das negative Moment der Abwesenheit der mala fides regelmäßig in der positiven Form des Erfordernisses der bona fides auszudrücken. Aber die moderne Jurisprudenz hätte bei der Ausbildung, welche das Beweisrecht im gemeinrechtlichen Proceß gefunden hat, den dringendsten Anlaß gehabt, sich den Gegensatz klar zu machen. Eine Präsumtion anzunehmen, stand ihr nur da zu, wo das Gesetz selber sie aufgestellt hatte. Wie wollte sie nun in denjenigen Fällen, wo es daran fehlte, und wo sie im richtigen Takt davon Abstand nahm, dem Kläger den Beweis aufzuerlegen, dies theoretisch rechtfertigen? Sie griff hier in der Verlegenheit zu dem Satz, daß Negativen nicht bewiesen werden können, ein Satz, der in dieser Allgemeinheit sich nicht aufrecht erhalten läßt (s. u.) und des gesetzlichen Anhaltspunktes entbehrt.

Den einzigen correcten Weg bietet meines Erachtens der von mir aufgestellte Gesichtspunkt. Allerdings kann man gegen ihn den Einwand erheben, daß es hinsichtlich seiner an der gesetzlichen Handhabe gebricht, da unsere Quellen ihn nicht kennen. Allein es giebt manche Dinge, welche sie nicht betonen, weil sie sich von selbst verstehen, und dies trifft meines Erachtens auch hier zu. Ich will, um dies zu veranschaulichen, die Probe an zwei von den römischen Juristen in positiver Form ausgedrückten Thatbeständen machen.

Der bekannten Legaldefinition des furtum zufolge hätte der Kläger außer der contrectatio noch die Momente: fraudulosa und lucri faciendi causa beweisen müssen. Dieselben sollen die Wegnahme einer Sache, welche nicht in unrechtmäßiger und gewinnsüchtiger Absicht geschieht, z. B. von Seiten eines Freundes, der in meiner Abwesenheit auf mein Zimmer kommt und sich dort in der für ihn völlig begründeten Annahme meiner Zustimmung eine von meinen Cigarren anzündet, Wein einschenkt, das mir geliehene Buch wieder holt, oder Seitens eines Gläubigers, der zum Zwecke der Sicherung, oder des Eigenthümers, der zum Zwecke der Selbsthülfe Sachen mitnimmt — kurz diese nicht in diebischer Absicht geschehene Wegnahme sollen sie von der Kategorie des furtum ausschließen. Aber sollten darum, weil der animus furandi bei diesen Personen ausgeschlossen ist, die römischen Juristen dem Kläger bei der condictio furtiva den Beweis des animus furandi aufgebürdet haben? Das wäre sinnlos gewesen. Dem Kläger konnte nur der Beweis der contrectatio zugemuthet werden, die Momente fraudulosa und lucri faciendi causa bildeten das Material für den Entlastungsbeweis, d. h. sie waren n e g a t i v e Momente des Thatbestandes des furtum. Ebenso verhält es sich meiner Ansicht nach mit dem Erforderniß des Eigenthums bei dieser Klage und dem des Interesses bei der actio furti, worüber

ich mich schon an anderer Stelle [1]) ausgesprochen habe. Wollte man das Gegentheil annehmen, so wäre das furtum in allen Fällen, wo der Kläger den Beweis nicht erbringen konnte, ohne Folgen geblieben, beide Momente können verständigerweise nur als Gegenstand des Gegenbeweises gemeint gewesen sein, sie hatten zum Zweck den Einwand: nicht Du, sondern ein Anderer ist der zur Klage Berechtigte.

Ebenso verhält es sich meiner Ansicht nach mit dem Moment der injuria bei dem damnum injuria datum. Wie der Kläger bei der actio furti nur die contrectatio, so hat er bei der actio legis Aquiliae nur die Beschädigung der in seinem Besitz befindlichen Sache: das bloße damnum darzuthun, das Moment injuria soll dem Beklagten nur das Recurriren auf diejenigen Umstände ermöglichen, welche ihn von der Haftung liberiren können. So verkehrt es sein würde, bei den Diebstahlsklagen die Befreiung des Klägers vom Beweise durch die Präsumtion des Diebstahls zu vermitteln, ebenso verkehrt würde es hier sein, eine Präsumtion für die culpa aufzustellen. Das Gesetz kennt diese Präsumtionen nicht, es macht dieselben dadurch überflüssig, daß es den Thatbestand bei beiden Klagen von vornherein lediglich auf den äußern Akt stellt; Sache des Beklagten ist es, den Nachweis zu erbringen, daß trotz desselben aus gewissen vom Gesetz selber vorgesehenen Gründen eine Haftung seinerseits ausgeschlossen ist, es ist unser bekannter negative Faktor n, welcher hier ausnahmsweise die Wirksamkeit des positiven Thatbestandes entkräftet.

Die Beispiele, die ich noch durch manche andere vermehren könnte, zeigen, wie wichtig es ist, bei den Thatbeständen, welche das Recht aufstellt, die positiven und negativen Momente zu unterscheiden. Mag man immerhin auch bei der Definition nach dem Vorgange der römischen Juristen der

1) Grund des Besitzesschutzes. Aufl. 2. S. 51, 52.

Kürze wegen den Thatbestand in positiver Form ausdrücken, wie dies bei der Usucapion mittelst des bekannten Memorialverses: res habilis, titulus, fides, possessio, tempus geschieht, bei der Entwicklung der einzelnen Momente sollte man, wenn auch nur im didaktischen Interesse, um dem Schüler kein unrichtiges Bild zu geben, nie versäumen zu betonen, ob sie positiver oder negativer Art sind. Meiner Ansicht nach kann der Lehrer nicht früh genug beginnen, den Anfänger auf die eminente Bedeutung der Beweisfrage aufmerksam zu machen. Im ersten Unterricht kann, wie ich aus eigener Erfahrung weiß, durch Verabsäumung dieser Aufgabe sehr viel gefehlt, der Keim gelegt werden, aus dem später statt des richtigen Juristen seine Carrikatur: der Logiker im Recht, den ich übrigens nicht bloß auf dem Katheder suche, zum Vorschein kommt.

Ich habe oben bemerkt, daß man die Zerlegung des Thatbestandes in einen positiven und negativen Theil in Fällen, wo man sich seiner Wahrnehmung nicht entziehen konnte, wie z. B. bei der Usucapion, legislativ durch den Gesichtspunkt hat rechtfertigen wollen, daß Negativen nicht bewiesen werden könnten. Allein damit wird man der Sache nicht gerecht. Denn einmal ist der Satz in dieser Allgemeinheit nicht wahr, es fehlt im römischen Recht nicht an Fällen, wo dasselbe einen Thatbestand schlechthin negativ gefaßt hat, so z. B. den non-usus bei Servituten [1]). Sodann trifft derselbe auch nicht

1) Wie es sich mit dem Beweise dabei stellen soll, ist eine Frage, über die ich nirgends etwas gefunden habe. Es spricht sich leicht aus: Servituten gehen durch non-usus in zehn Jahren unter, aber es soll einmal Jemand den non-usus beweisen! Wird der Beweis streng beurtheilt, wie es der Richter zur Zeit des gemeinen Processes hätte thun müssen, so ist er gar nicht zu erbringen, denn wenn auch nachgewiesen wird, daß keiner seiner Nachbarn in den ganzen zehn Jahren auch nur eine einzige Ausübungshandlung wahrgenommen hat, so folgt daraus doch noch nicht, daß der Berechtigte nicht zu einer Zeit, wo ihn Niemand sah, eine solche

bei allen negativen Momenten im obigen Sinne zu — das Moment lucri faciendi causa beim furtum ist positiver Art und braucht doch dem Obigen nach nicht bewiesen zu werden, ebenso das Moment der culpa beim damnum injuria datum — und ebenso wenig bei der Präsumtion, soweit dieselbe, wie die beiden oben betrachteten, eine positive Thatsache zum Gegenstande hat. Es muß ein Gesichtspunkt gesucht werden, der für beide gleichmäßige Geltung hat.

Die bloße Schwierigkeit des Beweises reicht dazu nicht aus. Unter dieser Voraussetzung würde es vortheilhafter sein, einen schwierigen, als einen leichten Beweis führen zu müssen, dort würde man beanspruchen können, daß das Gesetz Einem die Last mittelst einer Präsumtion abnehme, hier nicht. Der wahre Grund liegt meines Erachtens in demselben Gesichtspunkt, den wir bereits oben als den für den Gesetzgeber maßgebenden erkannt haben: dem statistischen. Der Begründung dieser Behauptung ist die folgende Ausführung gewidmet.

Möglichste Deckung des abstracten Satzes mit der Wirklichkeit ist das Ziel, das jeder Gesetzgeber anzustreben hat. Diesen Gesichtspunkt, dessen hohe Bedeutung für die praktikable Gestaltung der Rechtssätze wir oben bereits haben kennen lernen, hat er auch bei der Gestaltung der Beweisfrage zu Grunde zu legen. Zu dem Zweck muß er sich in Bezug auf die beiden Möglichkeiten, welche sich ihm in Bezug auf ihre Gestaltung eröffnen: der Kläger oder der Beklagte soll den Beweis eines fraglichen Moments führen, das numerische Ver-

---

vorgenommen haben kann. Ich bin in der casuistischen Litteratur keinem einzigen Fall des wirklich geführten Beweises des non-usus begegnet, für Theorie und Praxis scheint die Frage gar nicht zu existiren. Auch die römischen Juristen äußern sich darüber nicht, und darin mag der Grund gelegen sein, daß auch ihre modernen Nachfolger es nicht gethan haben.

hältniß der Deckungsfälle zu den Nichtdeckungsfällen im Leben bei der einen und andern Alternative vergegenwärtigen. Angenommen, das Moment p des Thatbestandes, um das es sich handelt, ist im Leben in 99 Fällen von 100 vorhanden, das Moment n in 99 von 100 nicht vorhanden, so würde es sehr verkehrt von ihm sein, wenn er dem Kläger einen Beweis auferlegen wollte, der wegen seiner Schwierigkeit nur in den wenigsten Fällen, wir wollen 10 von 100 annehmen, gelingen würde, das Resultat würde hier darin bestehen, daß der dadurch bedingte Anspruch x in 90 von 100 Fällen nicht zur Verwirklichung gelangte, während dies bei der Entbindung des Klägers vom Beweise nur in einem Fall geschehen würde, dort würde der Ausfall 90 Proc., hier nur 1 Proc. betragen.

Bei den meisten Präsumtionen ist das statistische Verhältniß der Deckungs= zu den Ausfallsfällen ein unverhältnißmäßig viel höheres, als hier angenommen ist. Bei dem Darlehen fällt auf viele Millionen von Fällen, in denen der Darleiher Eigenthümer ist, vielleicht kaum ein einziger, wo er es nicht ist. Hier wäre es geradezu widersinnig, den Beweis des Eigenthums zu verlangen, die Präsumtion trifft mit der Wirklichkeit so gut wie zusammen, sie läßt sich als die processualische Asymptote der Wirklichkeit bezeichnen. Auch bei der Präsumtion der Vaterschaft ist für normale sittliche Verhältnisse das Verhältniß ein ungleich höheres, als oben angenommen, in manchen Gegenden, Bevölkerungsklassen kommt auf 1000 Fälle kaum einer, wo sie versagt, während der strenge Beweis der Vaterschaft in Millionen Fällen kaum einmal zu erbringen sein dürfte. Nicht anders verhält es sich mit der angeblichen Präsumtion der bona fides bei der Ersitzung. Unter Millionen Fällen, in denen der Käufer sich in gutem Glauben befindet, dürfte kaum einer vorkommen, in denen er

es nicht ist, während der Beweis der bona[1]) fides, wenn er, wie ja vorausgesetzt wird, strict genommen werden soll, kaum je gelingen dürfte. Wer mit mir dies Erforderniß unter den Gesichtspunkt eines negativen Moments der Usucapion: Abwesenheit der mala fides bringt, hat Gelegenheit, die Richtigkeit des obigen statistischen Gesichtspunktes für die negative Gestaltung des Thatbestandes zu erproben. Ebenso an den beiden andern negativen Voraussetzungen der Ersitzung: der Unterbrechung derselben und der Usucapionsunfähigkeit der Sache. Auf Millionen Sachen, die man kauft, kommt kaum eine gestohlene, in tausend Fällen wird der Usucapionsbesitz kaum einmal unterbrochen.

Nicht also die bloße Schwierigkeit oder gänzliche Unmöglichkeit der Erbringung des Beweises ist es gewesen, welche dem Recht zu den beiden obigen Beweiserleichterungen den Anlaß geboten hat, sondern der Zweck, durch den es sich überall leiten läßt: möglichste Deckung zwischen dem Zustand, den es erstrebt, und der Wirklichkeit, und die dadurch implicirte Berücksichtigung des numerischen Verhältnisses der Deckungs- zu den Ausfallsfällen, der Procentsatz des Mancos, das das Gesetz bei allen seinen Bestimmungen stets in den Kauf nehmen muß. Die Statistik ist die Basis, welche der Gesetzgeber bei seiner Verwirklichung des Gesichtspunktes der Praktikabilität

1) Im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht verlangt Windscheid, Lehrbuch I, § 117 den Beweis der bona fides, es sollen Umstände angeführt und bewiesen werden, „welche den Schluß auf den guten Glauben und seine Entschuldbarkeit rechtfertigen". Aber welche Umstände sollen dies sein? Ich kann nichts nachweisen, als daß ich die Sache gekauft habe: bei der Thüre, beim Kaufmann, auf der Straße. Das ist der reguläre Thatbestand. Welche besondern Umstände sollen nun noch hinzukommen? Die Zuverlässigkeit des Verkäufers? Ich habe die Sache von einem mir gänzlich Fremden gekauft: von einem Hausirer oder auf der Reise im ersten besten Geschäft. Die Zuverlässigkeit des Käufers? Soll der Richter, dem der Mann gänzlich fremd ist, sich erst darüber vergewissern?

stets zur Unterlage nehmen muß und in Wirklichkeit, mag er sich dessen bewußt gewesen sein oder nicht, stets genommen hat. Wie wenig die bloße Beweisnoth ausreicht, eine Beweiserleichterung zu begründen, zeigt außer dem oben angeführten Fall des non-usus das Verhältniß des sogen. Commorienten. Wenn irgendwo, so liegt hier eine Beweisnoth vor, aber das römische Recht hat sich nicht bewogen gefunden, ihr durch eine allgemeine Präsumtion zu Hülfe zu kommen; nur für den Fall des gemeinsamen Todes von Eltern und Kindern stellt es die bekannte Präsumtion auf, welche mit dem Unterschied, den sie zwischen mündigen und unmündigen Kindern macht, dem statistischen Mittel der Fälle ziemlich nahe kommen dürfte.

Es mag den Leser befremden, daß ich, um zu dem Gegenstande zu gelangen, den ich in dieser Nummer zu behandeln habe: die Erprobung der Subjectivitätstheorie an dem Beweis des Besitzwillens, einen so weiten Umweg eingeschlagen habe. Der Verlauf der Darstellung wird ihn, wie ich hoffe, davon überzeugen, daß derselbe sich bezahlt machen wird. Es kam uns nicht bloß darauf an, den Nachweis zu erbringen, daß die genannte Theorie in der Beweisfrage des animus domini kläglich Schiffbruch erleidet, sondern unser Absehen war darauf gerichtet, das Beweisproblem beim Besitz auf den Höhenpunkt der legislativ-politischen Erwägung zu erheben, und dafür waren uns die im Bisherigen entwickelten Gesichtspunkte der Praktikabilität und Statistik unentbehrlich.

Wir setzen einen Gesetzgeber, der die Subjectivitätstheorie zu Grunde legt. Er soll sich schlüssig darüber werden, ob sie sich processualisch durchführen, d. h. ob der Besitzwille sich im einzelnen Fall beweisen läßt. Wir stellen ihm einen Richter zur Verfügung, der sie zur Anwendung bringen soll[1]).

1) Ich habe dies Probeexempel auf die Beweisfähigkeit der Subjectivitätstheorie, an die ich schon damals längst den Glauben verloren hatte, bereits

Der Satz, den er an ihn richtet, lautet: Im Besitzverhältniß hast Du Besitz anzunehmen, wenn der Wille des Besitzers darauf gerichtet ist, die Sache wie ein Eigenthümer für sich zu besitzen, oder, um mich der Worte des Entwurfs unseres Civilgesetzbuches § 797 zu bedienen, die Sache als die seinige zu haben, andernfalls hast Du bloß Detention anzunehmen.

Sehr wohl! Aber woran erkennt der Richter — ich selber will dessen Stelle versehen — diesen Besitzwillen, wie prägt sich in dem Verhältniß selber äußerlich diese Verschiedenheit des Willens aus? Kann man es der äußeren Thatsache ansehen, ob ihr innerlich dieser oder jener Wille zu Grunde liegt? Es begegnen mir zwei Reiter, von denen mir gesagt wird, daß der eine das Pferd als das seinige, der andere es als ein fremdes habe, darauf nur reite, „um die thatsächliche Gewalt für einen Andern auszuüben". Ich sehe zwei Bauern das Feld bestellen, der eine soll es mit der Absicht thun, den eigenen Besitz, der andere mit der, einen fremden Besitz auszuüben — kann ich ihnen diese verschiedene Absicht ansehen? Selbst wenn mir für den letzteren Fall außerdem noch gesagt wird, daß dieser es bereits seit zehn Jahren, jener es erst seit einigen Tagen thut, gibt mir das einen Anhaltspunkt? Nicht den allermindesten. Jener kann Pächter, dieser Eigenthümer sein.

In der Verlegenheit erbitte ich mir von ihnen selber Auskunft, und zwar richte ich meine Frage, wie ich es der

---

in einem meiner Briefe eines Unbekannten über die heutige Jurisprudenz in der Deutschen Gerichtszeitung, Jahrg. 5 Nr. 21 (1863), abgedruckt in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz S. 54 fl., angestellt. Der Ausfall des Processes schließt dort mit der Abweisung des Klägers, der den ihm von einem Neuling in der Praxis auferlegten Beweis des animus domini nicht hat erbringen können. Mit den Worten, die ich dem letzteren in den Mund gelegt habe: „So bin ich denn durch jenen Fall von meinem Glauben an den animus domini für immer kurirt worden", habe ich mein eigenes Verhalten zu ihr schon damals kundgegeben.

herrschenden Besitztheorie zufolge ja thun muß, darauf: ob sie den animus domini oder alieno nomine detinendi, d. i. die Absicht haben, die thatsächliche Herrschaft über die Sache für sich oder für einen Andern auszuüben.

„Das ist uns zu hoch, mache uns die Sache erst klar".

Es kommt darauf an, ob Ihr die Sache wie ein Eigenthümer, nach Art eines Eigenthümers besitzen wollt. Eigenthümer braucht Ihr darum nicht zu sein, es genügt, wenn Ihr nur die Absicht habt, thatsächlich seine Stellung einzunehmen.

Der Pächter soll noch erst geboren werden, der sich diese Absicht abspräche! „Der Zweck meines Pachtcontractes, wird unser Mann sagen, geht dahin, daß ich den Ertrag der Sache ziehe, und das heißt doch, thatsächlich die Stellung des Eigenthümers einnehmen."

Nicht doch! Das betrifft lediglich die ökonomische Seite Deines Verhältnisses zur Sache, nicht die rechtliche Gestaltung desselben; letztere kann Besitz oder Detention sein. Hast du die Absicht zu besitzen, so ist Dein Besitzverhältniß ein rechtlich geschütztes, wenn nicht, ein rechtlich schutzloses, welche Absicht hast Du?

„Wenn es lediglich auf meine Absicht ankommt, so entscheide ich mich selbstverständlich für den Besitzesschutz, und der würde mir, wie ich meine, auch völlig abgesehen von meiner Absicht, schon dem Recht nach gebühren, da ich das Grundstück gepachtet habe, und das Recht doch den Pächter nicht schutzlos lassen kann."

Wenn Du Pächter bist, so verhält sich die Sache doch anders, denn als solcher kannst Du nach römischem Recht gar nicht den Willen haben, zu besitzen.

„Warum inquirirst Du mich dann erst noch auf meinen Willen? Du spiegelst mir erst vor, daß es lediglich auf meine

Absicht ankomme, und hinterher muß ich hören, daß sie völlig einflußlos ist, warum fragst Du mich nicht gleich von vornherein, ob ich Pächter bin?"

Ich wollte an Dir nur die Probe mit einer juristischen Theorie über den Besitz machen, der zufolge der Besitzwille den Ausschlag geben soll, ich habe mich bei Dir überzeugt, daß sie dieselbe nicht verträgt. Um zu erfahren, ob Jemand besitzt oder detinirt, muß man ihn nach der causa seines Besitzes fragen.

Das Ergebniß des Versuchs, mit dem ich zu dem Gesetzgeber zurückkehre, lautet: mit dem Besitzwillen komme ich nicht durch, das ist eine gänzlich unpraktikable Gestalt der Sache, es bleibt nichts übrig, als daß Du mir angibst, in welchen Verhältnissen ich den Besitzwillen als vorhanden, in welchen ich ihn als nicht vorhanden annehmen soll.

Der Gesetzgeber stellt in Folge dessen einen Katalog der causae possessionis und detentionis auf und entläßt mich zum zweiten Mal, um damit die Probe zu machen.

Also Beweisauflage der causa possessionis. Versuchen wir, wohin wir damit gelangen. Um ein maßgebendes Urtheil darüber zu gewinnen, will ich den undenkbaren, aber zum Zwecke der Probe hypothetisch zu setzenden Fall annehmen, daß meine sämmtlichen beweglichen Sachen in den Strudel eines Besitzprocesses gezogen würden. Wie ich selber über die praktische Bedeutung des Besitzesschutzes bei beweglichen Sachen denke, darüber habe ich mich schon früher (S. 26) ausgesprochen, aber, um die Probe zu machen, wollen wir ihm eine praktische Bedeutung zugestehen. Ich habe mir die Fragen vorgelegt, bei wie vielen von den tausend beweglichen Sachen, die ich in Wirklichkeit *besitze*, da ich sie gekauft oder geschenkt erhalten habe, ich den Beweis der causa possessionis erbringen könnte, ich glaube: von tausend nicht bei zehn

Das praktische Resultat würde also in einer Unterbilanz von 990 Fällen zwischen der Wirklichkeit und der processualischen Anerkennung derselben bestehen. Ein seltsamer Besitzesschutz, der in 10 Fällen seine Dienste leistet, in 990 Fällen sie versagt!

Als Richter erstatte ich abermals Bericht ab: auch mit dem Beweis der causa verhält es sich nicht viel anders als mit dem des Besitzwillens. Allerdings gibt mir die causa einen festen Anhaltspunkt an die Hand, um zu beurtheilen, ob Besitz vorliegt, während der Besitzwille es mir daran gänzlich fehlen läßt, aber für die Partei stellt sich die Sache nicht erheblich besser, dort hat sie einen gänzlich unmöglichen Beweis zu erbringen, hier einen an sich erbringbaren, den sie aber in Wirklichkeit in den meisten Fällen nicht erbringen kann. Es ist im Grunde kein anderer als der bei der actio Publiciana, auch bei ihr hat sie nichts anderes als den Beweis des Besitzes und der causa zu erbringen. Wozu gewährst Du noch eine Besitzesklage? Der einzige Ueberschuß, den sie gegen jene Klage voraus hat, besteht darin, daß sie auch Dieben und Räubern zustehen würde, bei Grundstücken auch denjenigen, die einem Andern den Besitz gewaltsam entzogen haben, da diese Personen, weil sie die Sache „nach Art des Eigenthümers" besitzen wollen, einmal als Besitzer anzuerkennen sind, aber abgesehen davon, ob sie sich dazu verstehen würden, diese causa ihres Besitzes namhaft zu machen, was sie, wenn die Gegenpartei läugnete, in die Lage versetzen würde, den Beweis zu erbringen, daß sie in Wirklichkeit die Sache geraubt, gestohlen oder einen Andern gewaltsam des Besitzes entsetzt habe — abgesehen davon, bitte ich Dich, den Gesetzgeber, zu erwägen: soll dieser Personen wegen eine Klage aufrecht erhalten werden, die für alle Personen, welche auf redliche Weise die Sache erworben haben, überflüssig ist? Eine

Besitzesklage, welche an den Beweis der causa geknüpft ist, ist da, wo sie am Platz wäre, entbehrlich, da sie durch die actio Publiciana ersetzt wird, wo letzteres nicht der Fall, nicht am Platz.

Mit diesen seinen Erfahrungen über die processualische Durchführung der Willenstheorie hat unser Richter sein Urtheil über ihren praktischen Werth ausgesprochen, gleichmäßig über die individuelle: sie ist gänzlich unpraktikabel, wie die abstracte: sie führt zu Resultaten, die sich mit dem Zweck, den der Gesetzgeber beim Schutz des Besitzes vor Augen hat, nicht vertragen. Die Moral für den Gesetzgeber ergibt sich von selbst: er hat den Beweis bei der Besitzesklage so zu gestalten, daß der Besitzesschutz eine Wahrheit wird. Das geschieht, indem er den Satz ausspricht: Innehabung der Sache ist Besitz, Gegenbeweis vorbehältlich.

Er kann demselben eine doppelte Ausdrucksform geben. Zunächst die der Präsumtion. Zu ihr hat er zu greifen, wenn er für den Besitz außer dem Thatbestande des Besitzverhältnisses überhaupt (III) noch ein anderes Moment: den besonderen Besitzwillen oder die causa, verlangt. Diesen Weg hat das französische Recht eingeschlagen mittelst der Bestimmung des Code civil, Art. 2230: On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de proprietaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre. Wie sich aus der hier gebrauchten Wendung: posséder pour soi und posséder pour un autre ergibt, hielten die Verfasser des Gesetzbuchs an dem Dogma, daß es für den Besitz eines besondern Besitzwillens bedürfe, noch fest, aber sie machten dasselbe durch jene Präsumtion praktisch gänzlich ungefährlich. Damit haben sie eine Einsicht in die processualischen Schwierigkeiten der gangbaren Besitztheorie und einen gesunden praktischen Takt bewiesen, den ich nicht hoch genug anschlagen kann.

Jener Artikel wiegt in meinen Augen für das praktische Leben alles auf, was die Literatur in unserm ganzen Jahrhundert über den Gegensatz von Besitz und Detention zu Tage gefördert hat. Mit einem Federstrich haben sie damit eine Schwierigkeit aus dem Wege geschafft, mit der die gemeinrechtliche Praxis sich seit Jahrhunderten vergeblich abgemüht hatte (s. u.), er läßt sich geradezu als eine errettende That auf dem Gebiete des Besitzes bezeichnen. Kenner des französischen Rechts mögen es beurtheilen, ob und welche Anknüpfungspunkte sich ihnen dafür darboten. Bei Pothier, dem sie sonst so viel entlehnt haben, habe ich nichts gefunden, weder in seinen Pandectae Justinianeae, noch in seinem Traité de la possession. In welchem Maße sie die eminente Bedeutung der Beweisfrage beim Besitz zu würdigen verstanden, ergibt sich daraus, daß von den acht Artikeln, welche sie dem Besitz widmeten (2228—2235), nicht weniger als drei Präsumtionen aufstellen; außer den genannten noch Art. 2231:

> Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours presumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire,

und Artikel 2234:

> Le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est presumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire.

Damit haben sie die Beweisfrage beim Besitz in einer Weise geregelt, die nichts zu wünschen übrig läßt, jede Gesetzgebung, die an der herrschenden Theorie festhalten will, kann nichts besseres thun, als jene drei Artikel hinüberzunehmen.

Der zweite Weg ist der oben dargelegte der Scheidung des Thatbestandes in einen positiven und negativen Theil des Besitzes ($x = a + c - n$). Ihn hat das römische Recht einge-

schlagen. Unsere justinianischen Quellen äußern sich über die Beweisfrage beim Besitz an keiner Stelle, aber, wie ich bereits im Anfang meines Werkes (S. 9) bemerkt habe, hat es Paulus in seinen Sententiae receptae V 11 § 2 gethan:

> Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.

Wir haben hier ein gänzlich unzweifelhaftes Zeugniß eines römischen Juristen über die römische Praxis vor uns[1]). Daß es nicht der Weg der Präsumtion gewesen ist, den sie eingeschlagen hat, ergibt sich aus der Stelle selber. Auf die Präsumtion würden die Worte: ideoque sufficit nicht passen, denn eine Präsumtion ergibt sich nicht auf dem Wege der Schlußfolgerung aus dem Gegenstande des Beweises, sie verhält sich ihm gegenüber als positive Bestimmung. Auf dem Wege der Schlußfolgerung ergiebt sich jener Satz nur, wenn es sich mit dem Besitz in Wirklichkeit so verhält, wie ich behaupte, unter dieser Voraussetzung wird der Ausspruch des Paulus ebenso begreiflich, wie er andrerseits wiederum die Richtigkeit der von mir aufgestellten Ansicht bestätigt, er wirft das Licht, das er von ihr erhält, auf sie zurück, und so erklärt es sich zugleich, daß die römischen Juristen über die Frage, wie der Besitz im Gegensatz zur Detention bewiesen werden solle, kein Wort verloren haben, nach ihrer Besitztheorie verstand sich die Antwort von selbst.

Welche von beiden Gestaltungen der Gesetzgeber nun auch der Sache geben möge, im praktischen Resultat ist dies vollkommen gleichgültig, es betrifft lediglich die juristische Form des Verhältnisses, es kommt nur darauf an, daß er dem Be-

1) Ueber die gänzlich unbegründeten Bedenken, welche Rudorff gegen die Beweiskraft desselben erhoben, s. u. bei Gelegenheit der Besprechung seiner eigenen Ansicht.

sitzer die durch beide vermittelte Beweiserleichterung gewähre. Ueberzeugen wir uns, daß der oben von uns für die legislative Gestaltung der Beweisfrage aufgestellte Gesichtspunkt: möglichste Deckung des processualischen Ergebnisses mit der Wirklichkeit auch für sie zutrifft.

Der Satz: der Inhaber gilt als Besitzer, soll die Probe der Statistik bestehen. Zu dem Zwecke vergegenwärtigen wir uns das numerische Verhältniß: der Besitz- zu den Detentionsfällen im Leben. Jeder möge sie in Bezug auf die Sachen machen, die er innehat. Wenn ich es meinerseits thue, so besteht das Resultat darin, daß auf die mehreren Tausende von Büchern und sonstigen beweglichen Sachen — es mögen gewiß 5000 sein — die ich besitze, in diesem Moment nur fünf kommen, die ich detinire, es sind Bücher, die mir vom Buchhändler zur Ansicht zugeschickt sind. Also Verhältniß der Detention zum Besitz wie 1 zu 1000. In einem großen Waarenmagazin kann es vielleicht von 1 auf 100 000 und mehr steigen. Und um unter dieser enormen Zahl von Besitzfällen processualisch nicht einen Detentionsfall mit durchschlüpfen zu lassen, sollte der wirkliche Besitzer einen Beweis führen, den er in sehr vielen Fällen gar nicht erbringen kann? Was liegt denn daran, ob der Detentor mit durchschlüpft? Dem Besitzherrn gegenüber ist es nicht zu besorgen, denn der kann ja den Beweis erbringen, daß er nur Detentor ist, und einem Dritten gegenüber ist es ja völlig gleichgültig, sollte er Eigenthümer sein, so wird ja dadurch der Verfolgung seines Eigenthums nicht präjudicirt. Kurz die Behandlung des Inhabers als Besitzer ist ebenso verständig, wie das Verlangen, daß er sich erst als solcher ausweisen solle, sinnlos sein würde. Stände der processualische Beweis auf einer Linie mit dem erkenntnißtheoretischen, bei dem nur das als wahr anzunehmen ist, was vollständig bewiesen ist, so würde diese Behandlung

allerdings verkehrt sein. Allein man müßte den praktischen Zweck, der für jenen der maßgebende ist, gänzlich verkennen, um auf ihn den Maßstab der Wahrheit zur Anwendung zu bringen. Der Richter hat nicht die Aufgabe eines Mathematikers, Naturforschers, Historikers, Logikers, der die Wahrheit ermitteln soll, er würde, wenn er sie in derselben Weise erfassen wollte, das größte Unheil anstiften, seine Beweistheorie würde sich zu einem wahren Fluch des praktischen Lebens gestalten, wie sie dies in der Zeit des gemeinen Processes in der That oft genug gethan hat. Der Gesichtspunkt, durch den er sich leiten zu lassen hat, ist der oben für den Gesetzgeber begründete: möglichste Deckung des processualischen Erfolgs mit der Wirklichkeit, und die Erreichung dieses Zweckes bedingt mit Nothwendigkeit die Zurückweisung der exacten Beweismethode, der processualische Beweis muß ungenau sein, mit dieser seiner Ungenauigkeit verhält es sich nicht anders als mit der im Münzwesen in Bezug auf das vorgeschriebene Gewicht und den Feingehalt der Münzen, die das Gesetz durch Zulassung der s. g. Toleranz oder des Remediums ausdrücklich verstattet hat und verstatten mußte, wenn es die Sache praktisch einrichten wollte, und in Hinblick auf diese Einrichtung könnte man ihr processualisches Seitenstück als die Toleranz in der Beweistheorie bezeichnen.

Bei beweglichen Sachen ist allerdings die Besitzesklage, wie öfters bemerkt, heutzutage nur ein leerer Name, und das französische Recht hat die thatsächliche Bedeutung derselben für sie vollkommen richtig erkannt, indem es sie nur noch bei unbeweglichen Sachen zugelassen hat. Aber bei den Römern war sie es in der Gestalt, die sie bis an die spätere Kaiserzeit an sich trug: in der Richtung gegen dritte Personen keineswegs. In Bezug auf den Anwendungsfall, auf den das interdictum utrubi ursprünglich berechnet war: den Sklaven war dasselbe

geradezu von unschätzbarem Werth. Hätte es gefehlt, so hätte der Herr des Sklaven in dem in Rom gewiß nicht seltenen Fall, daß der Sklave entlaufen war, und sich bei einem Andern versteckt hielt, sich der rei vindicatio oder der actio Publiciana bedienen müssen, die ihm einen nicht immer leicht zu erbringenden Beweis aufbürdeten und unter allen Umständen mit längerem Aufschub verbunden waren, während das Interdictum keinen weiteren Beweis erforderte, als daß der Sklave sich vor seiner Entweichung bei ihm befunden habe (utrubi — fuit), und als prohibitorisches Interdict bei der Strafe, der sich der Beklagte im Fall seines Widerstandes aussetzte (cum periculo agere), überall, wo seine Voraussetzungen vorlagen, seines sofortigen Erfolges so gut wie sicher sein konnte. Wer mit der prätorischen Ermächtigung zum ducere des Sklaven in der Hand an das Haus trat und zum Ueberfluß etwa noch die Zeugen mitbrachte, welche den Sklaven recognosciren und, dessen früheren Aufenthalt in seinem Hause bezeugen konnten, dem öffnete sich jede Thüre, es wäre Niemandem zu rathen gewesen, sie zu verschließen. Wer am Morgen das Interdict erwirkt hatte, konnte schon am Abend den Sklaven wieder in Händen haben. Vergegenwärtigt man sich nun die ungeheure Zahl der Sklaven bei den Römern — es werden an 10 000 im Besitz eines Einzelnen genannt und die Sklavenbevölkerung in der Stadt Rom in der Kaiserzeit wird annäherungsweise auf 500 000 angegeben — so wird der eminente praktische Werth des genannten Interdicts ebenso wenig Gegenstand des Zweifels sein können, als die Behauptung, daß die Römer gänzlich von Sinnen hätten sein müssen, wenn sie dasselbe durch den Beweis des *juristischen* Besitzes hätten entkräften wollen. Unter den genannten 10 000 Sklaven wird sich schwerlich auch nur ein einziger befunden haben, den ihr Eigenthümer bloß detinirte.

Bei unbeweglichen Sachen wird in Rom das numerische Verhältniß der Detentionsfälle zu den Besitzfällen ein erheblich anderes gewesen sein, insbesondere in der späteren Zeit, allein auch bei ihnen haben letztere sicherlich ein ganz beträchtliches Uebergewicht über jene behauptet.

Ich fasse das Resultat meiner bisherigen Ausführungen über die legislative Gestaltung der Beweisfrage in den Satz zusammen: der Gedanke, dem Kläger beim Besitzproceß außer dem Beweise der bloßen äußeren Thatsächlichkeit des Besitzes: des s. g. corpus, das als solches den Besitzwillen bereits in sich schließt, noch den eines inneren Moments, sei es des subjectiven des animus domini oder des objectiven der causa, aufzuerlegen, ist ein gänzlich verfehlter, der Gesetzgeber würde dadurch den Schutz, den er dem Besitzer zugedacht hat, bei der ersten Alternative völlig illusorisch machen, da der Beweis des animus domini sich gar nicht erbringen läßt, bei der zweiten an eine Voraussetzung knüpfen, die der wirkliche Besitzer in vielen Fällen gar nicht zu erweisen im Stande ist, und welche, da sie auch für die actio Publiciana ausreicht, die Besitzesklage praktisch nahezu überflüssig, zu einer rein doctrinären Idee machen würde. Soll der Besitzesschutz praktische Realität haben, so muß dem Kläger der Beweis, daß er Besitzer, nicht Detentor sei, abgenommen werden, und dazu öffnet sich ein doppelter Weg: der processualische der Aufstellung einer Präsumtion für den Besitz, der sich mit Beibehaltung der herrschenden Besitztheorie vollkommen verträgt, und der materiellrechtliche, der die Vertauschung derselben mit der von mir aufgestellten bedingt, welche die Thatsachen, wodurch ausnahmsweise das Besitzverhältniß zur Detention herabgedrückt wird, unter den Gesichtspunkt eines negativen Moments des Thatbestandes, d. i. des Besitzhindernisses bringt, das als solches nach allgemeinen Regeln vom Gegner zu er-

weisen ist. Den ersten Weg hat das französische, den zweiten das römische Recht eingeschlagen.

Sehen wir jetzt zu, welche Stellung die herrschende Besitztheorie zur Beweisfrage eingenommen hat.

Die Antwort lautet: gar keine! Sie ist der Beweisfrage gänzlich aus dem Wege gegangen, Savigny hat in seinem Buch derselben mit keinem Worte gedacht, obschon ihm doch die Stelle von Paulus unmöglich entgangen sein kann. Warum nicht? Es gibt nur zwei Antworten darauf, die eine: er hat das Gefühl gehabt, daß die Beweisfrage eine Klippe sei, an der seine ganze Theorie vom animus domini scheitern müsse, die andere: um die Beweisfrage braucht sich der Theoretiker gar nicht zu kümmern, er hat es nur mit den Begriffen zu thun, die Anwendung derselben ist Sache des Praktikers, der zusehen mag, wie er mit den Schwierigkeiten fertig wird. Die erstere Annahme würde bei Savigny einen Mangel an wissenschaftlicher Gewissenhaftigkeit: Aufstellung und Aufrechterhaltung einer Theorie im Bewußtsein ihrer Unhaltbarkeit, voraussetzen, sie schließt sich von selber aus. So bleibt nur die zweite, und damit berühre ich einen Punkt, der nicht bloß für ihn, sondern für die ganze moderne romanistische Jurisprudenz höchst charakteristisch ist.

Ich müßte nicht selber Theoretiker sein, um nicht aus eigener Erfahrung zu wissen, wie fern ab dem Denken des Theoretikers die Beweisfrage liegt, ich bin erst relativ spät dazu gelangt, mir dessen bewußt zu werden, und wenn ich mir auch von da an zum Gesetz gemacht habe, bei allem, was ich schreibe, die Beweisfrage ins Auge zu fassen, so fühle ich mich trotzdem nicht sicher, daß ich ihr stets völlig gerecht geworden bin. Und wie könnte es auch anders sein? Wer kaum je in die Lage kommt, das Recht praktisch anzuwenden — und seitdem die frühere Einrichtung der Spruchfakultäten

aufgehoben ist, fehlt es dem Theoretiker fast an jeder Gelegenheit dazu — wie sollte der den Blick für die Bedingungen und Schwierigkeiten, welche die Beweisfrage in sich schließt, in sich ausbilden können? Es ist der Chirurg, der keine Gelegenheit hat, das Messer zur Hand zu nehmen, und da kann es denn allerdings nicht Wunder nehmen, daß er auf dem Wege des rein theoretischen Denkens zu Resultaten gelangt, welche sich der praktischen, an die Führung des entsprechenden Beweises im einzelnen Fall geknüpften Verwirklichung entweder gänzlich entziehen, oder bei denen die Beweisführung mit solchen Schwierigkeiten verbunden ist, daß eine Partei thöricht sein müßte, sich ihnen zu unterziehen[1]).

Was sollen alle feinen Begriffsunterscheidungen, wenn der Richter sie im einzelnen Fall nicht erkennen kann? Die Zumuthung, sie zur Anwendung zu bringen, ist keine andere, als wenn ein Componist in eine Orchesterstimme Töne gesetzt hat, die das Instrument versagt, oder wenn der Arzt ein Recept schreiben wollte, das der Apotheker nicht ausführen kann. Die einzige Antwort, die sich darauf gebührt, lautet: Versuch' es selber, mach' es mir vor.

Ich kehre zu Savigny zurück, und zwar geschieht es mit der Absicht, um zunächst noch an einem andern, ebenfalls seinem Werk über den Besitz entnommenen Beispiel zu constatiren,

---

1) Statt aller ein erbauliches Beispiel bei Arndts Pandekten, § 359. Das S. C. Vellejanum, sagt er hier, findet Anwendung, „wenn eine Frauensperson in solcher Weise eine Obligation übernimmt, wobei sie noch darauf vertrauen mag, daß sie doch nicht aus ihrem Vermögen werde Zahlung zu leisten haben, nicht auch dann, wenn jenes mit dem Willen und in der entschiedenen Absicht geschah, auch die wirkliche Zahlung auf ihr Vermögen zu übernehmen." Das soll einmal bewiesen werden! Ein anderes Beispiel gewährt die Behauptung, daß der Kläger bei dem Anspruch aus dem Betrug des Gegners den Beweis des Causalnexus zwischen dem Betrug und seiner Handlung zu erbringen habe, d. i. eines Vorganges, der in der Seele des Betrogenen spielt.

wie gänzlich unbekümmert — in diesem Fall kann ich nicht anders als sagen: gedankenlos — er an der Beweisfrage vorüberging. Hier steigert sich seine Unterlassungssünde in Bezug auf die Berücksichtigung des Beweises zu einem offenen Widerspruch mit sich selber, an der einen Stelle seines Buches lehrt er etwas anderes, als an der andern.

Es handelt sich um das Dasein des Quasibesitzes der Prädialservitut, es soll die Weggerechtigkeit sein. An der einen Stelle (S. 480) erfahren wir, daß es dafür genügt, „wenn dieselbe irgend einmal und zwar als Recht ausgeübt ist", an der andern (S. 485), daß „ein bestimmtes Maß der Ausübung als Bedingung des interdictum de itinere vorgeschrieben ist, indem derjenige, der das Interdikt gebrauchen will, in dem verflossenen Jahre (von der Klage an gerechnet) wenigstens an 30 verschiedenen Tagen das Recht ausgeübt haben muß." Also ein Quasibesitz, der begrifflich anzunehmen ist, der aber, um geschützt, d. i. vom Recht als solcher anerkannt zu werden, noch einen besonderen Beweis erfordert, das heißt doch nichts anders als ein Besitz, der zugleich existirt und nicht existirt.

Wie konnte Savigny dazu gelangen, sich innerhalb fünf Seiten in solcher Weise zu widersprechen? Ganz einfach dadurch, daß ihn an der ersten Stelle nur der Begriff, nicht die Klage kümmerte, und an der zweiten nur die Klage, nicht der Begriff. Daß beide in ihrem praktischen Endresultat sich decken müssen, der Gedanke ist ihm gar nicht gekommen, der Begriff geht munter seiner Wege, als ob ihn die Klage nichts anginge, und die Klage erwidert es ihm, indem sie von ihm keine Notiz nimmt[1]).

---

1) Ein Seitenstück dazu gewährt die Ansicht von Puchta (Pandekten § 11) über die Aufhebung der verpflichtenden Kraft des Gewohnheitsrechts von Seiten des Gesetzgebers. Damit wird dasselbe „nur seiner Wirkung auf den

Als Savigny sein Werk über den Besitz schrieb, war er ein junger Mann, dem man den gänzlichen Mangel an praktischer Anschauung, von dem dasselbe die unwidersprechlichsten Zeugnisse ablegt, nicht hoch wird anrechnen können. Ging ihm die Einsicht in die praktische Bedeutung des ganzen Instituts in dem Maße ab, daß er den interdicta adipiscendae possessionis den Charakter possessorischer Klagen absprechen konnte[1]) (S. 383), so ist nicht zu verwundern, daß auch der Gedanke, wie denn der animus domini zu beweisen sei, nicht in ihm aufzutauchen vermochte. Aber befremdend ist, daß auch der gereifte Mann nicht zur Erkenntniß seiner Jugendsünden gelangte. Noch in der sechsten von ihm selber besorgten Auflage seines Buchs findet sich der soeben nachgewiesene Widerspruch zwischen der begrifflichen und processualischen Annahme des Quasibesitzes, die Behauptung von dem nicht possessorischen Charakter der interdicta adipiscendae possessionis und das gänzliche Schweigen über den Beweis des animus domini. Dasselbe ist auch von allen andern Schriftstellern, welche sich nach ihm über den Besitz haben vernehmen lassen, treulichst beobachtet worden. Nirgends, in keiner Monographie oder Abhandlung über den Besitz, in keinem Compendium habe ich eine Erörterung über die Beweisfrage gefunden[2]). Nur Baron macht davon eine rühmliche Ausnahme, er hat sich mit der Frage wenigstens auseinandergesetzt[3]), allerdings in

Richter beraubt", im Uebrigen aber bleibt es, was es ist. Also ein Recht, welches die Eigenthümlichkeit besitzt, daß es der Richter nicht zur Anwendung zu bringen hat. Als ob nicht alles Recht sich bloß daran bewährte, daß es der Richter zur Anwendung zu bringen hat. Ein Quasibesitz und ein Gewohnheitsrecht, das für den Richter nicht existirt, existirt überhaupt nicht.

1) S. dagegen meinen Grund des Besitzesschutzes, S. 66 fl.

2) Ueber Randa s. u.

3) In seinen Abhandlungen aus dem preußischen Recht, Berlin 1860, S. 4—10. Der Titel der Schrift macht es begreiflich, daß sich seine

einer Weise, von der er selber zugesteht, daß sie ihn nicht befriedige. Indem er den von mir aufgestellten Gesichtspunkt der Praktikabilität auf die Subjectivitätstheorie, an der er selber noch festhält, trotz des Anlasses, den die Aufwerfung der Beweisfrage ihm hätte bieten können, sich von ihr loszusagen, zur Anwendung bringt, gelangt er zu dem Resultat, daß sie demselben durchaus nicht entspreche, da der Beweis des animus domini strict genommen ein gänzlich unerbringlicher sei, was er in derselben Weise exemplificirt, wie es oben (S. 163) von mir geschehen ist. Da das römische Recht uns hier gänzlich im Stich lasse, so habe die moderne Praxis sich in dieser Nothlage vor die Aufgabe gestellt gefunden, sich selber zu helfen. Zu dem Zweck habe sie einen ganzen Katalog von actus possessorii aufgestellt, über deren Schlüssigkeit sie sich jedoch selber kein Hehl gemacht habe.

Es figuriren darunter neben solchen, die nur der Eigenthümer vornehmen darf (Aufbau, Niederreißung von Gebäuden, Fällung von Holz, Eintragung ins Kataster), auch solche, die auch dem Pächter zustehen (Bestellung des Ackers, Ernte, Austreiben des Viehes). Auf jene konnte man den Beweis unmöglich beschränken, denn damit wäre mit dem Pächter zugleich der wirkliche Eigenthümer, der bisher keine Veranlassung hatte sie vorzunehmen, ausgeschlossen worden; er-

---

Ausführungen der Kunde der Romanisten entziehen konnten, auch mir war, als ich an der oben (S. 162 Note) angegebenen Stelle die Beweisfrage berührte, sein Aufsatz unbekannt geblieben. Seitdem aber Rudorff in der von ihm besorgten Auflage des Savigny'schen Werks (1865) dieselben im Anhange berücksichtigt hat (Nr. 128), ist selbst für die Romanisten die Entschuldigung der Unbekanntschaft mit denselben hinweggefallen, es hätte sich gehört, daß fortan die Beweisfrage in jedem Compendium berührt worden wäre. Nach Barons Angabe soll Wiederhold, Das Interdictum uti possidetis § 79, 91, die Beweisfrage gestreift haben. Das Citat ist ein irriges, ich habe die Stelle in der Schrift vergebens gesucht.

klärte man aber diese für ausreichend, so schlüpfte mit dem Eigenthümer auch der Pächter durch.

In dieser Nothlage griffen denn Manche zur Aufstellung einer Präsumtion für den Besitz (semper potius praesumi nomine p r o p r i o quam nomine a l i e n o possidere), von der sie dann aber wieder selber einräumten, daß sie an der genauen Prüfung und Abwägung der von beiden Theilen behaupteten Besitzhandlungen erst ihre Probe zu bestehen habe.

In vollendeter Verzweiflung haben Einige sogar dem Kläger den Beweis durch Eid auferlegen wollen. Ein Eid über den inneren Seelenzustand! Und über welchen! Man denke sich einen Bauersmann, der über den animus domini, über den selbst die größten Juristen bis auf den heutigen Tag sich nicht klar geworden sind, einen Eid ablegen soll!

B a r o n schließt mit dem Resultat, in Bezug auf das ich ihm völlig beistimme, daß die Beweisfrage von der Praxis nicht zum Austrag gebracht worden sei. Seine eigene Ansicht geht dahin, daß der oben (S. 9) von uns zum Beweise der römischen Praxis angeführte Ausspruch von Paulus „keineswegs in allen Possessorienprocessen der Römer Anerkennung gefunden habe", ohne aber den mindesten Grund dafür anzuführen, „daß vielmehr in einer ganzen Reihe von Fällen (in welchen?) die c a u s a possessionis zum Beweise der possessio, namentlich des a n i m u s p o s s i d e n d i benutzt wurde". Die beiden Stellen, die er dafür anführt (Gaj. IV, 166—168, l. 1 § 11 uti poss. 43. 17) sind gänzlich nichtssagend, die erstere erwähnt nur das Erforderniß des B e w e i s e s des Besitzes, ohne anzugeben, wie er geführt werden soll, die zweite gedenkt des Beweises überall nicht. Das Argument, welches er dem interdictum de superficiebus entnimmt, welches ausdrücklich die l e x l o c a t i o n i s s i v e

conductionis, also die causa erwähnt, ist ebenso wenig beweiskräftig, denn es läßt sich für die Frage vom Sachbesitz, um die es sich allein handelt, nicht verwenden.

Sein schließliches Urtheil über das römische Besitzesrecht geht dahin (S. 9), daß dasselbe in Bezug auf die Beweisfrage einen doppelten Fehler begangen habe. Wenn die causa possessionis angeführt werden mußte, sagt er, so lag kaum ein Bedürfniß für einen possessorischen Schutz vor, die petitorische Klage wehrte jedes Unrecht ab, im übrigen aber hat man auch in Rom ebenso wie bei uns den Beweis nur auf zweifelhafte und doppeldeutige Besitzhandlungen basiren können. In Wirklichkeit kommen diese beiden Fehler nicht auf Rechnung des römischen Rechts, sondern der herrschenden irrigen Auffassung desselben.

Die von Baron gebotene Anregung hat Rudorff Anlaß geboten, in den Zusätzen zu der von ihm besorgten siebenten Auflage des Savigny'schen Werkes (Nr. 128) zu der von ihm aufgestellten Ansicht Stellung zu nehmen. Während der erstgenannte Schriftsteller in richtiger Erkenntniß der Nothwendigkeit der Deckung des Beweises mit dem Thatbestande des Rechtsverhältnisses principiell an dem Erforderniß des Beweises des animus domini festhält und nur im Interesse der Erleichterung desselben nothgedrungen den Rückgriff auf die causa glaubt offen lassen zu müssen, begeht Rudorff hier für den Sachbesitz denselben Fehler, wie oben (S. 76) Savigny für den Rechtsbesitz, d. h. er richtet den Beweis auf ein anderes Moment als dasjenige, das er in der Theorie mit Savigny für das maßgebende anerkennt, anstatt auf den animus domini auf die causa possessionis. Auch bei ihm geschieht es, ohne daß er von diesem flagranten Widerspruch eine Ahnung hat. In Bezug auf die Beweistheorie, die er

aufstellt, fühlt er sich so sicher, daß er sie als die „wirkliche römische Beweistheorie" einführt. Hören wir ihn.

Weil Gajus (IV, 166a) sagt, daß der Richter bei dem interdictum uti possidetis seine Untersuchung darauf zu richten habe: uter eorum — — nec vi, nec clam, nec precario possederit, so müsse der Kläger nicht nur den juristischen Besitz, sondern sogar den relativ fehlerfreien Besitz darthun. Dieser Nachweis werde wie bei jedem Recht durch den Beweis der causa geführt, d. h. derjenigen Thatsache, auf welche der Implorant die relative Berechtigung seines Zueignungswillens gründe, er müsse also entweder 1. den Erwerb mit dem Willen des Imploraten oder aber 2. den Erwerb von einem Dritten darthun; ob mit oder wider des Letzteren Willen, sei in diesem Falle gleichgültig.

Die wunderliche Behauptung, daß der Kläger seinen relativ fehlerfreien Besitz dem Beklagten gegenüber darzuthun habe, mag hier, wo sie für uns kein Interesse hat, dahingestellt bleiben, für uns handelt es sich nur darum: wie erbringt der Kläger den Beweis, daß er Besitzer, nicht bloßer Detentor ist? Nach Rudorff kann er es nur dadurch, daß er auf den Erwerb des Besitzes zurückgreift und für denselben eine causa darthut, mit der das römische Recht den Besitz verbunden hat. Man mache sich klar, was das sagen will. Der Grund, den Rudorff der Gestaltung des Beweises beim Recht entnimmt („der Nachweis wird wie bei jedem Recht durch den Beweis der causa geführt") beweist, daß er den fundamentalen Gegensatz des Besitzes zu allen andern Rechten vollständig verkannt hat. An die Consequenz, daß bei dieser Gestalt der Sache auch der Beweis des gegenwärtigen Daseins des Besitzes „ganz wie bei jedem Recht" durch den Beweis seiner Entstehung als erbracht angesehen werden

müßte, scheint er gar nicht gedacht zu haben. Eben dadurch, daß die Frage vom Dasein des Besitzes in der Gegenwart spielt, unterscheidet sie sich von der nach dem Dasein der Rechte, bei dem sie in die Vergangenheit zurückreicht. Das Dasein der Rechte kann unmittelbar als solches: als Thatsache nie erwiesen werden, sondern nur mittelbar durch Nachweis seiner Entstehung. Auch der Subjectivitätstheorie zufolge, die in diesem Punkt vollkommen das Richtige getroffen hat, bildet das Dasein des Besitzes den Gegenstand der unmittelbaren Wahrnehmung, corpus und animus vorausgesetzt. Indem Rudorff auf die in der Vergangenheit liegende causa zurückgreift, gibt er den Grundgedanken der Subjectivitätstheorie preis.

Den Nachweis der causa beschränkt Rudorff auf die Fälle des Erwerbs des Besitzes vom Gegner oder von einer dritten Person. Gibt es denn nicht noch andere Fälle des Besitzerwerbs? Das erlegte Wild, der gefundene Schatz hat bisher Niemandem gehört, die gefundene, von ihrem Eigenthümer verlorene oder derelinquirte Sache ist besitzlos, und die Römer erkennen bekanntlich auch den einseitigen Besitzerwerb an besitzlosen unbeweglichen Sachen an, wenn die „possessio vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit“ (l. 37, § 1 de usurp. 41. 3). Wie soll hier der Besitzer den Erwerb von einer dritten Person beweisen? Jedenfalls müßte also der causa possessionis eine weitere Ausdehnung gegeben werden, als es von Rudorff geschieht, sie muß sämmtliche Fälle umfassen, in denen das römische Recht Besitz entstehen läßt.

Nun wollen wir zunächst einmal die zuletzt genannten Fälle ins Auge fassen, um uns klar zu werden, wohin es mit dem Erforderniß des Nachweises des Erwerbs bei ihnen

führen würde. Ich habe das Wild erlegt, den Schatz gehoben, aber ohne daß Jemand zugegen war, der mir den Erwerb bezeugen könnte. Nach Rudorff würde ich den Beweis des Besitzes nicht erbringen können, da die bloße Thatsächlichkeit desselben ja nicht genügen, sondern „wie bei jedem Recht" der Erwerb bewiesen werden soll. Das Resultat richtet sich durch sich selbst, und ich bin überzeugt, daß Rudorff selber nicht Anstand genommen haben würde, hier vom Beweise des Erwerbsaktes abzusehen.

Aber wenn in diesem Fall, warum nicht auch in dem, wenn ein Anderer das Wild vom Jäger oder den Schatz vom Finder gekauft hat? Brauchen diese sich nicht darüber auszuweisen, wie sie in den Besitz der Sache gekommen sind, warum denn jener? Reicht für sie das bloße Sagen aus, daß sie das Wild erbeutet, den Schatz gefunden haben, warum nicht auch für ihn, daß er es gekauft habe? Soll es nicht ausreichen, so braucht er ja nur zu behaupten, daß er selber die Sache erbeutet, gefunden habe — was soll da der Richter machen? Entweder glauben in beiden Fällen oder in beiden Beweis verlangen.

Die Römer erkennen auch Diebe und Räuber als Besitzer an, auch sie konnten das interdictum utrubi anstellen. Nach Rudorff hätten sie, um den Besitz darzuthun, beweisen müssen, daß sie die Sache gestohlen oder geraubt hätten!

Ueber das wunderbare Verhältniß, in das die Besitzesklage durch das Erforderniß des Beweises der causa zur actio Publiciana gelangt, habe ich mich schon oben (S. 166) ausgesprochen. Stellte der bonae fidei possessor in Rom diese Klage an, so reichte für ihn der Nachweis der causa und des auf Grund derselben erlangten Besitzes aus, stellte er das interdictum utrubi an, so mußte er außer diesen beiden Momenten noch die längere Dauer des Besitzes im letzten

Jahre (major pars anni) beweisen. Also ein Possessorium, welches an einen schwierigeren Beweis geknüpft ist als das Petitorium!

Hören wir, welche Beweise der genannte Schriftsteller für seine „wirklich römische Beweistheorie" beibringt. Nichts weiter, als die oben (S. 181) angeführte Stelle von Gaj. IV, 166[a], die von der Art, wie der Beweis des Besitzes geführt werden soll, kein Sterbenswörtchen sagt, sondern lediglich den Richter anweist, zu untersuchen, welcher von beiden Theilen besitze. Baron hatte wenigstens einen quellenmäßigen Anhaltspunkt für die Causaltheorie ins Feld geführt: die Namhaftmachung der causa in dem interdictum de superficiebus. Vor Rudorffs Augen findet derselbe keine Gnade. Was er dagegen vorbringt, habe ich trotz aller darauf verwandten Mühe nicht zu enträthseln vermocht, und ich lasse es wörtlich abdrucken, mag der Leser versuchen, ob er zu errathen vermag, was sich ihr Urheber dabei gedacht hat.

„Die lex locationis, sagt er, bestimmt hier nur die contractlichen Grenzen der Superficies, nicht den Anfang des Besitzes, also nur die causa proxima, nicht die remota. Warum fehlte sonst die causa in allen possessorischen Interdicten des Eigenthumsbesitzers?"

Also: weil der Prätor sie bei letzteren nicht nennt, kann es mit ihr da, wo er sie ausdrücklich verlangt, nichts auf sich haben! Anstatt daraus den Schluß zu ziehen: dort wird er sie nicht verlangt haben, belehrt er uns wenige Zeilen weiter, daß sie bei ihnen nöthig gewesen sei, und anstatt der so nahe liegenden Frage nachzugehen: ob es denn nicht mit dem Rechtsbesitz bei der Superficies eine andere Bewandtniß gehabt haben möge, als mit dem Sachbesitz, findet er sich mit der lex locationis des genannten Interdicts dadurch ab, daß sie bloß die contractlichen Grenzen der superficies

bestimmt habe. Und der Hauptsache: daß es sich um die Bestellung einer superficies überhaupt gehandelt habe, soll der Prätor nicht gedacht haben? Um sich über die Grenzen eines Dinges schlüssig zu werden, muß man doch das Ding selber erst kennen. Die Instruction, welche der Prätor bei jenem Interdict dem Richter ertheilt hätte, würde nach Rudorff gelautet haben: um das Dasein der Superficies brauchst Du Dich nicht zu bekümmern, nur um die Grenzen des superficiarischen Rechts. Hätte der Prätor den Richter nicht auf die Daseinsfrage der Superficies verwiesen, woran hätte derselbe den Superficiar von dem gewöhnlichen Miether unterscheiden sollen? Das äußere Verhältniß ist bei beiden ganz dasselbe, beide haben das Haus oder Stockwerk inne, das ausschlaggebende Moment konnte also nur darin gefunden werden, daß das Nutzungsrecht dem Einen in Form der superficies überlassen worden war. Bei dem Besitzesschutz des Usufructuars wird es sich ebenso verhalten haben, er wird nicht mit dem bloßen Nachweis des uti frui ausgekommen sein, das ja bei ihm keine andere Gestalt an sich trägt, wie beim Pächter und Miether, sondern er wird die causa d. i. die Bestellung des Usus fructus (im Testament oder unter Lebenden) in Bezug haben nehmen müssen [1]. Bei der petitorischen Klage mußte in beiden Verhältnissen der Beweis erbracht werden, daß die Bestellung vom Eigenthümer geschehen sei, bei der possessorischen genügte der äußere Akt der Bestellung als solcher. Die Quellen lassen uns

1) Savigny erwähnt auch hier die Beweisfrage nicht (S. 477), aber das im Texte hervorgehobene Bedenken der möglichen Verwechslung des Besitzverhältnisses des Usufructuars mit dem des Pächters scheint ihm doch vorgeschwebt zu haben, indem er bei der Frage von der Entstehung des Quasibesitzes des Usufructuars (S. 474) für die Apprehensionshandlungen desselben das Erforderniß hervorhebt: sie müßten in bestimmter Beziehung auf den Usus fructus geschehen sein, ohne etwas Weiteres hinzuzufügen.

im Stich, die Erwähnung des legati nomine . . . uteris frueris in Vat. fr. § 90 beim interdictum quod legatorum erklärt sich aus den Bedingungen dieses Interdicts und berechtigt nicht zum Schluß auf das interdictum uti possidetis utile.

Mit dem negativen Argument, welches die öfters berührte Stelle von Paulus gegen seine Ansicht enthält, indem dieselbe den Beweis der äußeren Thatsächlichkeit des Besitzes für ausreichend erklärt, setzt Rudorff sich durch die Bemerkung auseinander, daß sie sich auf das Cincische Recht beziehe. Es ist richtig, daß Paulus diese Bemerkung bei Gelegenheit der Schenkung macht (V, 11 § 2 de donationibus), aber wie die angebliche Beziehung derselben zum Cincischen Recht der generellen Beweiskraft derselben Abbruch thun soll, darüber hat der genannte Schriftsteller kein Wort verloren, zum besten Beweise, daß er sich dabei nichts Klares gedacht hat. Was hat denn die lex Cincia mit dem Beweise des Besitzes zu schaffen? Die einzige Bestimmung, welche sie über den Besitz enthielt, bestand in dem Erforderniß desselben zum Zweck der Perfection der Schenkung an personae non exceptae, und bei beweglichen Sachen mußte derselbe so lange gedauert haben, daß die Rückforderung desselben mittelst des interdictum utrubi Seitens des Schenkers ausgeschlossen war[1]), und diesen Beweis der längern Dauer des Besitzes mußte der Beschenkte allerdings erbringen. Aber einen weiteren auch nicht. Dies ergibt sich daraus, daß Paulus in der angegebenen Stelle der vatikanischen Fragmente, gleich als ob er den Einwand von Rudorff vorausgesehen hätte, daß es bei der lex Cincia mit dem Besitz eine besondere Bewandtniß habe, die ausdrückliche Bemerkung hinzu-

---

1) Vat. fr. § 293: majore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt.

fügt: probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit, das heißt: in Bezug auf die Besitzfrage kommt es nicht darauf an, ob die Schenkung gültig oder ungültig war (probatio non in jure consistit), sie ist hier wie überall eine rein thatsächliche Frage (in facto consistit), und daran reiht er den Schluß: ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam. Also gerade das Gegentheil der Behauptung von Rudorff: die lex Cincia hat mit der Besitzfrage nichts zu schaffen, folglich gilt das, was Paulus hier über den Beweis des Besitzes sagt, schlechthin, der Beweis der causa ist nicht erforderlich.

Um das Maß der Verwirrung bei dem genannten Schriftsteller voll zu machen, belehrt er uns an einer anderen Stelle (S. 637), wo er die Stelle des Paulus in Bezug nimmt, daß der Grundsatz aufkam, daß der thatsächliche Besitz der geschenkten Sache allein entscheide, wobei er völlig vergessen hat, daß derselbe nach Seite 691 nicht ausreichen, sondern der Erwerb des Besitzes nachgewiesen werden soll.

Aus dem Bisherigen wird der Leser entnehmen, was es mit der „wirklichen römischen Beweistheorie" des genannten Schriftstellers für eine Bewandtniß hat. Meine Feder hat sich gesträubt, indem ich sie dazu hergeben mußte, den ganzen Wirrwarr von gänzlich bodenlosen in ihrer Tragweite gar nicht erkannten Behauptungen, offensichtlichen Fehlschlüssen, windigen Argumenten und inneren Widersprüchen auseinanderzulegen, und doch durfte ich mich der Aufgabe nicht entziehen. Ich kenne in unserer ganzen Literatur kein zweites Beispiel einer so vollendeten Confusion und Gedankenlosigkeit, ja ich kann nicht anders sagen: unverantwortlichen Liederlichkeit im Denken, wie es Rudorff hier auf drei Seiten fertig gebracht hat, es hat mir dabei stets das Bild eines Kindes vor Augen geschwebt, das sich an eine Uhr macht, die seiner Meinung nach

nicht richtig geht, um das Uhrwerk wieder in Ordnung zu bringen.

Nach Rudorff hat noch Randa[1]) die Beweisfrage beim Besitz berührt, aber er berührt sie auch nur, denn dasjenige, was er darüber beibringt, kann als eine Beantwortung derselben nicht angesehen werden, es beschränkt sich auf folgende Worte: „Hat der Besitzer seinen Aneignungswillen bei Vornahme der Apprehension geäußert, so ist schon der Beweis hierüber entscheidend, weil eben der Besitzwille Sache seiner freien Entschließung ist. Hat er ihn nicht ausdrücklich kund gegeben, so wird, von dem im Besitzverfahren ohnedies gesetzlich nicht statthaften Haupteide abgesehen, nur der Beweis aus Indicien erübrigen."

Die ausdrückliche Erklärung. Ich möchte wissen, wo und wann sie je vorgekommen ist. Ich meinerseits habe an unzähligen Sachen in meinem Leben Besitz ergriffen, aber, obschon Jurist und als solcher mit der praktischen Bedeutung, welche die Constatirung meines Besitzwillens für mein Besitzverhältniß hat, völlig vertraut, bin ich doch nicht ein einziges Mal in Versuchung gerathen, meinen animus domini zu erklären, ja, wenn ich aufrichtig sein soll, ich habe nie darüber nachgedacht, ob ich Besitz oder Detention erhielte, ich habe mich dabei ganz so verhalten, wie der Laie, die Sache einfach zu mir genommen, ohne mich darum zu kümmern, ob ich Detentor oder Besitzer geworden sei. Und wenn nun ich, der den Unterschied zwischen Besitz und Detention genau kennt, diese Erklärung meines Besitzwillens verabsäumt habe, wie soll man sie vom Laien erwarten, der von dem Unterschied gar keine Ahnung hat? Es gilt hier, was Celsus in l. 38 § 2 de act. emti (19. 1) sagt: nihil de ea re neque ven-

1) Der Besitz nach österr. Recht, Aufl. 3, S. 372.

ditor neque emtor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet. Die Erklärung über den Besitzwillen dürfen wir dahin verweisen, wo sie allein aufgetaucht ist: auf das Papier.

Freilich, wenn die Erklärung auch vor dem Richter abgelegt werden dürfte, würde mit ihr schon mehr auszurichten sein. Dann wäre die Sache ja sofort entschieden, denn ich möchte die Partei sehen, welche nach vorläufiger Belehrung des Richters über das Wesen des Besitzwillens und die praktische Folge, welche sich daran knüpft, die Frage: ob sie denselben wirklich habe, nicht mit Ja beantworten würde. Schade nur, daß dies Mittel, den Besitzwillen durch Erklärung zur Erscheinung zu bringen, processualisch ausgeschlossen ist, und es bleibt für ihn nur die von dem genannten Schriftsteller verlangte Erklärung bei Vornahme der Apprehension, eine Erklärung, die eben niemals erfolgt.

Die Indicien. Wenn der Verfasser nur ein einziges Wort über dieselben hinzugefügt hätte! Die Ausführungen von Baron und Rudorff können ihm unmöglich entgangen sein, er wußte also, welche Schwierigkeiten der Indicienbeweis des Besitzwillens der Praxis verursacht und wie vergeblich sie sich abgemüht hatte, ebenso, wie die beiden genannten Schriftsteller sich zu der Frage gestellt hatten. Und dennoch tiefes Schweigen! Welche andere Deutung bleibt da übrig, als daß er seine guten Gründe gehabt hat, der Frage vom Beweise des Besitzwillens gänzlich aus dem Wege zu gehen. Und daran hat er ganz wohl gethan, ganz so wie Savigny und alle andern Schriftsteller mit Ausnahme der beiden genannten, — die Theorie von der Zwiespältigkeit des Besitzwillens läßt sich nur aufrecht erhalten, wenn man sich auf die Beweisfrage gar nicht einläßt, es ist die Klippe, an der sie unabwendbar scheitert.

Ich glaube die Klarheit über die Gestalt der Beweisfrage beim Besitz nicht unerheblich zu fördern, indem ich zum Vergleich

diejenige heranziehe, welche die Frage bei den übrigen sachen-rechtlichen Verhältnissen annimmt, bei denen das Besitz-moment sich wiederholt: Detention, bonae fidei possessio, Eigenthum.

Das unterscheidende Merkmal des Besitzes von ihnen besteht darin, daß der Beweis bei ihm in der Gegenwart spielt, bei jenen in der Vergangenheit, und daß derselbe bei ihm lediglich auf die reine Thatsache des in dem äußern Verhältniß zur Sache realisirten Besitzwillens gerichtet ist, bei jenen außerdem noch auf ein anderes Moment rechtlicher Art: die causa[1]), wozu sich für das Eigenthum noch ein drittes (s. u.) hinzugesellt.

Wir erhalten damit folgendes Schema der Gradation des Beweises.

1. Der Besitz.

Die bloße Thatsächlichkeit des Besitzverhältnisses genügt, ohne daß es noch erst des Beweises des Willens bedürfte, der Thatbestand desselben schließt den darauf gerichteten Willen in sich. Es ist dasselbe Verhältniß, wie bei den obligatorischen Thatbeständen. So wenig wie bei Kauf und Miethe noch erst der animus vendendi, locandi in Frage gestellt und dargethan zu werden braucht, ebensowenig beim Besitz der animus possidendi. Der Besitzwille, der in der herrschenden Lehre eine so große Rolle spielt, wird in der praktischen Anwendung des Rechts niemals sichtbar, da er sich mit dem äußern Thatbestand des Besitzes ebenso vollständig deckt, wie der Wille zu verkaufen, zu vermiethen mit dem Thatbestand von Kauf und Miethe.

1) Ich bitte nicht zu vergessen, daß ich hier wie im Bisherigen nur das contractliche Detentionsverhältniß im Auge habe, das ja bei der Subjectivitätstheorie allein in Frage steht.

2. Detention und bonae fidei possessio.

Jene enthält das Minus, diese das Plus des Besitzes. Im Besitz steht die Wage im Gleichgewicht. Die Detention stellt uns die Abweichung nach der einen, die bonae fidei possessio nach der andern Seite dar. Bei beiden wird ein Moment in die Wagschale geworfen, welches die Abweichung bewirkt, dort ein negatives, welches die normale Wirksamkeit des Thatbestandes des Besitzes ausschließt, unser bekanntes — n, hier ein positives, welches sie steigert, der Titel (= + t). In beiden Fällen ist es ein in der Vergangenheit liegendes Moment rechtlicher Art, welches diese Wirkung erzeugt, und zwar regelmäßig[1]) ein Contract. Bei der Detention ist er auf vorübergehende, bei der bonae fidei possessio auf dauernde Ueberlassung der Sache gerichtet.

3. Das Eigenthum.

Zu dem Moment des Besitzes und der causa kommt bei ihm in zwei Fällen: bei der Tradition und Usucapion noch ein drittes hinzu, dort das Eigenthum des Urhebers (= + e), hier die Dauer des Besitzes (= + d), bei der Occupation fällt die causa hinweg, an deren Stelle tritt die Herrenlosigkeit (= + h).

Die Formeln der angegebenen vier Verhältnisse würden mithin in Bezug auf den Beweis folgende Gestalt annehmen:

für Besitz: a + c (S. 8, 53)
für Detention: a + c — n (daselbst)
für die bonae fidei possessio: a + c + t

1) Eine Angabe der Fälle, in denen beide Verhältnisse ohne Contract entstehen können, ist hier ohne Interesse.

für das Eigenthum: a + c + t + e
beziehungsweise: a + c + t + d
a + c + h.

Dadurch daß in allen diesen vier Verhältnissen nirgends der individuelle Wille den Ausschlag gibt, erfreut sich das Sachenrecht in Bezug auf die praktikable Gestaltung des Beweises eines großen Vorzuges vor dem Obligationenrecht. Obligatorische Vorgänge können der Art sein, daß sie je nach Verschiedenheit des individuellen Willens bald dieses, bald jenes Geschäft in sich schließen, oder was dasselbe sagt: daß der äußere Thatbestand für beide zutrifft. Das Zünglein an der Wage wird hier durch den individuellen Willen repräsentirt, der mithin im einzelnen Fall erwiesen werden muß. Beispiele gewähren das wiederholte Versprechen, das ebenso gut als accessorische Stipulation oder Constitutum wie als Novation gemeint sein kann, Auslagen für einen Andern, welche sich ebenso gut mit dem animus donandi wie dem animus negotia gerendi vertragen. Das erste Verhältniß hat den römischen Juristen bekanntlich außerordentlich viel zu schaffen gemacht. Angesichts der Schwierigkeit für den Richter, den Willen im einzelnen Fall zu constatiren, glaubten sie ihm durch Aufstellung von allerhand Kriterien (nicht Präsumtionen) [1]) für den animus novandi zu Hülfe kommen zu müssen. Das Urtheil, das Justinian bei Gelegenheit der Remedur, die er hier gewährte, darüber gefällt hat [2]), ist bekannt und ein sprechendes Zeugniß für die Mißlichkeit dieser individualistischen Beweismethode, wie ich sie nenne. Leider kann der Gesetzgeber sie einmal nicht gänzlich ausschließen,

1) Das Gesetz stellt Präsumtionen, der Jurist Kriterien auf.

2) l. ult. Cod. de nov. (8. 42). Novationum nocentia volumina et veteris juris ambiguitates.

aber, wo es irgend möglich ist, sollte er es sich aufs dringendste angelegen sein lassen, es zu thun. Dem römischen Recht darf man nachrühmen, daß es dies im höchsten Grade gethan hat. Ein höchst brauchbares Mittel gewährte ihm dazu die Form der Rechtsgeschäfte, so die Stipulationsform, um ein in rechtlich bindender Absicht abgelegtes Versprechen von einem in rechtlich unverbindlicher Absicht geleisteten abzuheben, die Testamentsform, um der Verwechslung einer unverbindlichen Zusicherung des letztwilligen Bedenkens mit der letztwilligen Zuwendung selber vorzubeugen, die Form der mancipatio und in jure cessio, um die Prädialservitut von dem bloß obligatorischen Vertrage im Nachbarverhältniß oder der prekären Ueberlassung ihrer Ausübung zu unterscheiden. Demselben Zweck diente auch das Erforderniß der Tradition, indem sie die sachenrechtliche Wirkung des Vertrages von der obligatorischen abhob. Wo die Form versagte, wie bei den Verträgen des jus gentium, halfen die Römer durch genaue Fixirung des materiellen Thatbestandes. Verträge, denen es an der Form oder diesem bestimmten materiellen Thatbestande fehlte, waren klaglos.

Der Wegfall der römischen Formen für das Obligationen- und Sachenrecht im heutigen Rechte hat eine Lücke hervorgerufen, die sich im einzelnen Fall, wenn die Parteien sich über das von ihnen beabsichtigte Verhältniß nicht ausdrücklich geäußert haben, außerordentlich fühlbar machen kann. Haben die beiden Nachbarn eine Prädialservitut — eine persönliche — einen obligatorischen Vertrag — ein Precarium beabsichtigt? Die Worte, deren sie sich bedient haben, können so unbestimmt sein, daß sie darüber keinen Aufschluß gewähren. Hier bleibt nichts übrig, als die Ermittelung des individuellen Willens aus den Umständen. Wie mißlich es aber damit nicht selten bestellt sein kann, brauche ich nicht erst auszu-

führen. Auch die Frage, ob die Partei, welche der andern eine Zusicherung ertheilt hat, z. B. ihr in der Noth durch ein Darlehn beizuspringen, sich damit hat rechtlich binden oder nur in rechtlich unverbindlicher Weise ihre Geneigtheit, zu helfen, hat erklären wollen, kann unter Umständen höchst zweifelhaft sein. Bei den Römern schloß das Erforderniß der Stipulation den Zweifel aus.

Es fehlte nur, daß das Erforderniß der Tradition bei den auf Eigenthumsübertragung gerichteten Verträgen aufgegeben würde, um auch hier die Frage nach dem individuellen Willen und damit eine ganz empfindliche Unsicherheit für den Verkehr heraufzubeschwören. Es ist dies die Erwägung, welche mich der in unserer heutigen Literatur mehr und mehr hervortretenden, auf Eliminirung des äußern Traditionsaktes gerichteten Strömung abhold macht. Nicht darum bin ich ihr abhold, weil ich aus *materiellen* Gründen an der Tradition glaubte festhalten zu müssen, mich nicht zu dem Gedanken aufzuschwingen vermöchte, daß das Eigenthum wie in Bezug auf sein *Bestehen* so nicht auch in Bezug auf sein *Entstehen* vom Besitz unabhängig sein könne, sondern lediglich aus *prozessualischen* Gründen. In der Tradition erblicke ich ein äußerst werthvolles Merkmal für den Uebergang aus dem *obligatorischen* in das *sachenrechtliche* Stadium. Mit Wegfall desselben würde die Frage: hat die Partei sich zunächst bloß *verpflichten* oder bereits das *Eigenthum* übertragen wollen, in manchen Fällen den größten Schwierigkeiten ausgesetzt sein, es würde hier an die Stelle des relativ leichten Beweises des Traditionsaktes der schwierige des individuellen Willens treten.

Für den Beweis des Willens ist eine dreifache Art der Gestaltung möglich, die ich als *absolute*, *relative*, *individuelle* Methode bezeichnen will.

Die absolute. Ich habe sie oben am Beispiel des Kaufcontracts und des Besitzes veranschaulicht. Sie charakterisirt sich dadurch, daß der Thatbestand des Verhältnisses so genau fixirt ist, daß er den Willen in sich schließt. Absolut nenne ich diese Methode, weil der bloße Thatbestand des Verhältnisses für sich ausreicht, um das Dasein des Willens außer Zweifel zu setzen.

Die relative. Sie gelangt bei der Tradition zum Zwecke des Eigenthums zur Erscheinung. Der äußere Akt als solcher gibt darüber keinen Aufschluß, ob Eigenthum hat übertragen werden sollen [1]), mit der Tradition kann je nach Verschiedenheit der Umstände der Uebergang bald des Eigenthums, bald des Besitzes, bald der Detention verbunden sein. Zur Ermittlung der auf Eigenthumsübertragung gerichteten Absicht, wenn sie nicht ausdrücklich geäußert worden ist, bedarf es hier mithin des Zurückgreifens auf ein in dem äußeren Akt selber nicht enthaltenes Moment [2]), und mit Rücksicht darauf bezeichne ich diese Methode als die relative. Den Gegensatz der absoluten in Bezug auf die Willensfrage bei der Eigenthumsübertragung vergegenwärtigen die mancipatio und in jure cessio. Bei ihnen ergab sich der Wille, Eigenthum zu übertragen, aus dem Akt selber, der ausschließlich für diesen Zweck bestimmt war. Bei ihnen lag das Zweckmoment im Akt selber, bei der Tradition fällt es über ihn hinaus.

Die individuelle. Sie ist oben an dem animus novandi und donandi veranschaulicht worden. Gleich der relativen steht sie vor mehreren möglichen Geschäftszwecken, zwischen denen sie zu wählen hat, aber während jener zur Beantwor-

---

1) Der bekannte Satz der l. 31 pr. de A. R. O. (41. 1): nunquam nuda traditio transfert dominium.

2) Fortsetzung der soeben citirten Stelle: sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit.

tung der Frage, welcher von ihnen beabsichtigt ist, der Rückgriff auf das Causalmoment zu Gebote steht, hat sie dieselbe lediglich aus dem Akte als solchem d. h. aus den Umständen, die er zur Ermittlung des Willens an die Hand gibt, zu beantworten. In Bezug auf die Schwierigkeiten, welche die Willensfrage verursachen kann, nimmt die individuelle Beweismethode die erste Stelle ein, die relative die zweite, die absolute die dritte.

Ich habe diese Schlußausführung über die drei Beweismethoden des Willens nur zu dem Zweck eingeschaltet, um hier den Gegensatz, der in Bezug auf den Besitzwillen zwischen der herrschenden Besitztheorie und der meinigen obwaltet, mit einem Worte ausdrücken zu können. Nach meiner Theorie trägt der Beweis beim Besitzwillen die absolute Gestalt an sich, d. i. das Besitzverhältniß schließt den Besitzwillen in sich, nach der herrschenden die individuelle, d. i. derselbe muß im einzelnen Fall erwiesen werden.

X.

Die legislativ-politische Probe.

Die Probe, der wir die Subjectivitätstheorie in der vorgehenden Nummer unterzogen haben, spielte vor dem Richter, die gegenwärtige spielt vor dem Gesetzgeber. Sie ist bisher noch nicht angestellt worden. Es ist meines Wissens noch von keinem ihrer Anhänger der Versuch unternommen worden, den Gegensatz von Besitz und Detention vom legislativ-politischen Standpunkt aus zu würdigen, weder in Bezug auf den Grundgedanken, durch den das römische Recht sich angeblich hat leiten lassen: die Zwiespältigkeit des Besitzwillens, noch in Bezug auf die Verwendung, die es davon auf die einzelnen Verhältnisse gemacht haben soll. Nicht einmal die Fälle, in denen es denselben zugestandenermaßen außer Acht gelassen hat: die des s. g. abgeleiteten Besitzes, haben der herrschenden Theorie Veranlassung geboten, der Frage näher zu treten, sie findet sich mit ihnen durch die nichtssagende Phrase ab, daß sie durch praktische oder historische Gründe veranlaßt worden seien, ohne aber dieselben darzulegen.

So läßt sich denn der Standpunkt, den sie bei dieser Lehre einnimmt, nur als der des nackten, dürren Positivismus bezeichnen. Das römische Recht hat es einmal so bestimmt. Welche Gründe es dazu gehabt hat, darum braucht die Theorie sich nicht zu kümmern, ihre Aufgabe er-

schöpft sich an der Darlegung der positiven Gestalt der Sache im römischen Rechte. Nur nach einer Seite hin sind einige Anhänger der Subjectivitätstheorie über diesen Standpunkt hinausgegangen, indem sie die römische Gestalt der Sache auf apriorischem Wege aus dem Wesen des Willens zu deduciren versucht haben[1]). Es ist die Logik des Rechts, die hier wie so oft zu dem Zwecke aufgeboten wird, das Positive zu erklären und zu rechtfertigen, die aber in Wirklichkeit damit nur demjenigen Gedanken, der allein im Stande ist, dies zu leisten: dem legislativ-politischen Gedanken, den Weg vertreten hat. Wozu noch erst die legislative Berechtigung oder Nothwendigkeit des Positiven in Frage stellen, wenn dargethan ist, daß dasselbe nicht anders sein kann, als es ist, daß dem Gesetzgeber gar nichts anderes übrig blieb, als der Logik die Ehre zu geben?

Es ist hier nicht der Ort, mich über die Zumuthung der Unterordnung des Gesetzgebers unter die Logik des Rechts des Weiteren auszulassen[2]). Meiner Ansicht nach ist sein Verhältniß zu ihr einfach das folgende. Wo sie zu praktisch annehmbaren Resultaten führt, läßt er sie zu, wo zu andern, schließt er sie aus. Anders kann der Gesetzgeber es einmal nicht halten, wenn er seiner Aufgabe nachkommen will, und anders hat das römische Recht es auch nicht gehalten. Dafür gewährt gerade die Besitzeslehre die schlagendsten Beispiele. Begrifflich hätte der Besitz mit ausbrechendem Wahnsinn aufhören müssen, aus praktischen Gründen läßt das römische Recht ihn fortdauern. Begrifflich hätte mit Wegfall des Besitzes beim

1) Bei der literarhistorischen Uebersicht (XII) werde ich das Genauere mittheilen.

2) Es wird in meinem Werk über den Zweck im Recht geschehen. Dasselbe hatte seinem ursprünglichen Plane nach keine andere Bestimmung als gegenüber der herrschenden Ueberschätzung des logischen Elements im Recht das teleologische zur Geltung zu bringen.

Tode des Besitzers die Usucapion unterbrochen werden müssen, das römische Recht läßt sie fortlaufen. Begrifflich hätte der Besitzer durch Occupation des Grundstückes in seiner Abwesenheit den Besitz verlieren müssen, er behält ihn bei. Begrifflich hätte der Subjectivitätstheorie zufolge in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes Detention entstehen müssen, es entsteht Besitz. Wodurch sind alle diese Abweichungen von der Logik des Rechts bewirkt worden? Lediglich durch das praktische Interesse.

Und dasselbe römische Recht, das sich nicht scheut, die von ihm selber anerkannten Grundsätze aus praktischen Rücksichten preiszugeben, sollte sich den grundlegenden Gedanken der ganzen Besitzeslehre durch die juristische Logik haben dictiren lassen, ohne ihn auf seine praktische Angemessenheit zu prüfen? Undenkbar! Die folgende Ausführung soll darüber Auskunft geben, ob der Gedanke der Zwiespältigkeit des Besitzwillens sich legislativ zur Annahme eignet. Die Willenstheorie soll ihre Probe vor dem Gesetzgeber bestehen.

Es tritt vor dem Gesetzgeber zuerst die abstracte Willenstheorie auf. Sie deducirt ihm, daß er sich bei der Gestaltung des Gegensatzes von Besitz und Detention durch den Gedanken der inneren Verschiedenheit des Besitzwillens leiten und nach Maßgabe desselben in dem einen Verhältniß Besitz, in dem andern Detention eintreten zu lassen habe. Was wird er erwidern? Dieselben Erwägungen, welche mich in so manchen Fällen bestimmt haben, etwas anderes anzuordnen, als was begrifflich geboten ist, kommen für mich auch in Bezug auf die Frage, ob ich im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz oder Detention eintreten lassen soll, in Betracht. Wollte ich dem Pfandgläubiger darum, weil ihm der richtige Besitzwille fehlt, den Besitz ab- und ihn dem Verpfänder zusprechen, so würde ich diesem damit die Befugniß zugestehen, jenem die Sache beliebig zu entziehen, was mit der

Sicherheit der Rechtsstellung des Pfandgläubigers gänzlich unverträglich ist und mich in den seltsamen Widerspruch verwickeln würde, dem Pfandgläubiger die in rem actio zuzugestehen, um die Sache zu erlangen, aber keinen Schutz zu gewähren, um sie zu behalten. Dieselben Erwägungen sind für mich maßgebend in Bezug auf die jura in re, ich würde mir selber widersprechen, wenn ich hier den starken Schutz durch in rem actio gewähren und den schwächern: den Besitzesschutz versagen wollte. Mag sich die Theorie denselben zurechtlegen, wie sie will, ob mittelst Zuhülfenahme einer juris possessio oder mittelst einer ausnahmsweise ohne den richtigen Besitzwillen eintretenden corporis possessio, mir gilt dies gleich, ich beschränke mich einfach auf den praktischen Satz: diese Personen sollen possessorisch geschützt sein, das bedeutet aber in meinem Sinne: sie sind Besitzer.

Auf diesem Wege der Erstreckung des Besitzes auf die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes trotz mangelndem animus domini sind bekanntlich neuere Rechte, wie z. B. das preußische, noch weiter vorgeschritten, indem sie auch dem Pächter, Miether ein dingliches Recht zusprechen, in Bezug auf den ersteren ist damit nur die altgermanische Auffassung, welche dem Pächter zu Landrecht ebenso wie dem Lehnsmann die Gewere zuschrieb [1]), in veränderter Fassung erneuert worden. Auch bei beweglichen Sachen tritt im abgeleiteten Besitzverhältniß nach römischem Recht in drei Fällen (Faustpfand, Precarium, Sequestration) Besitz ein. Ob auch bei ihnen die Gesetzgebung auf der Bahn des Besitzes nicht noch beträchtlich weiter fortschreiten könnte, ist eine Frage, die ich mir für den Schluß der Schrift aufspare, jedenfalls braucht sie sich durch das Bedenken, daß es hier an dem animus domini fehle, nicht abhalten

1) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, B. 2, S. 17, Anm. 25. Heusler, Instit. des deutschen Privatrechts, B. 2, S. 31.

zu lassen; so gut wie sie sich in den angegebenen Fällen über denselben hinweggesetzt hat, kann sie es auch in anderen thun.

Die abstracte Willenstheorie hat demnach die Probe nicht bestanden, der Gesetzgeber hat sie in einer Reihe von Fällen als unannehmbar zurückgewiesen. Immerhin, lautet die Antwort, das sind Ausnahmsfälle, in anderen Fällen erkennt er sie an. Um des logischen Zwanges willen? In den Fällen des abgeleiteten Besitzes fügt er sich ihm nicht, warum denn hier? Der Grund kann doch kein anderer sein, als weil die Gestaltung des Verhältnisses, welche die Subjectivitätstheorie ihm als die logisch gebotene vorzeichnet, ihm hier paßt, dort nicht. Dieselbe Erwägung, die ihn bestimmt hat, sie dort zurückzuweisen, hat ihn hier bestimmt, sie anzunehmen. Es ist ein und derselbe Gedanke, der ihn vermocht hat, im abgeleiteten Besitzverhältniß bald Besitz, bald Detention eintreten zu lassen: die Rücksicht auf die praktisch angemessene Gestaltung desselben.

Der Beweis, daß es sich mit dem römischen Recht wirklich so verhält, wie wir auf Grund dieser Schlußfolgerung angenommen haben, soll in der Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses (XVI) an den einzelnen Verhältnissen erbracht werden. Der Antheil, den die Willenstheorie sich an der römischen Gestaltung der Sache beilegt, löst sich bei näherer Betrachtung in Nichts auf, sie ist nichts als eine verfehlte doctrinäre Abstraction, der weder das römische Recht, dem man sie geglaubt hat entnehmen zu können, den mindesten Einfluß auf die Gestaltung des abgeleiteten Besitzverhältnisses zugestanden hat, noch ein heutiger Gesetzgeber, der sich nicht unter das Joch einer ererbten Schultheorie fügt, zugestehen kann — eine legislativ gänzlich unfruchtbare Idee, die in die Compendien, nicht in ein Gesetzbuch gehört, und deren Stunde auch in Bezug auf jene hoffentlich einmal schlagen wird.

Vom Standpunkt des römischen Rechts aus kann man die abstracte Willenstheorie annehmen oder zurückweisen, ohne daß dies auf die praktische Anwendung desselben den mindesten Einfluß äußert, das Interesse, das sich daran knüpft, ist lediglich theoretischer Art: die Meinungsverschiedenheit darüber, welcher Gesichtspunkt das römische Recht beim relativen contractlichen Detentionsverhältniß geleitet hat: der logische oder der praktische. Fehlerhafte Consequenzen praktischer Art (von der Beweisfrage, die bereits oben (IX) behandelt ist, abgesehen) schließt dieselbe nicht in sich.

Ganz anders verhält es sich mit der individuellen Willenstheorie. Sie hat zum Princip die freie Selbstbestimmung des Willens in Bezug auf Detention und Besitz. Daß die herrschende Theorie nach der Fassung, die sie sich selber gegeben hat, nur in diesem Sinne verstanden werden kann, ist seiner Zeit (S. 12) dargethan worden, daß sie so verstanden sein will, dafür genügt es, die oben (S. 188) mitgetheilte Aeußerung eines der neuesten Bearbeiter der Besitzeslehre (Randa) in Bezug zu nehmen: der Besitzwille ist Sache der freien Entschließung des Besitzers.

Es verhält sich mit allgemeinen Ideen wie mit fernen Gegenständen. So lange man sie in der Entfernung betrachtet, ist man der Gefahr der Täuschung ausgesetzt, da können Wolken für Gebirgszüge, Vogelscheuchen für Menschen angesehen werden, erst wenn man näher herantritt, verschwindet der täuschende Schein, und es stellt sich der Gegenstand als das dar, was er wirklich ist. Diese Probe wollen wir mit der obigen Idee vornehmen, wir wollen so nahe an sie herantreten, daß der trügerische Schein, den sie lediglich dem Umstande verdankt, daß man sie bisher nur aus der Ferne betrachtet und darum nur in nebelhaften Umrissen wahrgenommen hat, verschwindet.

Also der Besitzwille ist Sache der freien Entschließung. Mit diesem Satz soll im Folgenden Ernst, voller Ernst gemacht werden. Zu dem Zwecke wollen wir vorläufig eine Voraussetzung als vorhanden annehmen, die, wie wir unten sehen werden, kaum je vorliegt: die Personen, welche die Entschließung zu treffen haben, sollen den Unterschied zwischen dem Willen, für sich, und dem, für einen Andern zu besitzen, und die Folge, welche sich für sie daran knüpft d. i. den Unterschied von Besitz und Detention kennen. Das Recht ruft ihnen zu: Ihr habt die freie Wahl zwischen Detention und Besitz, auf das Rechtsgeschäft kommt nichts an, und diese Wahl könnt Ihr treffen, indem Ihr erklärt, die Sache für Euch selber oder für einen Andern innehaben d. i. besitzen oder detiniren zu wollen.

Sehen wir zu, wohin wir damit gelangen, ob der Gesetzgeber in der Lage ist, die Consequenzen, welche das Princip der freien Selbstbestimmung des Willens in sich schließt, anzunehmen. Die Antwort soll uns das römische Recht ertheilen. Wenn selbst dieses, das angeblich sich durch dies Princip hat leiten lassen, diese Consequenzen verwirft, so ist damit der Nachweis erbracht, daß es dieselben für unannehmbar gehalten hat.

Wir unterscheiden die anfängliche Entstehung des Besitzverhältnisses von der späteren Umwandlung desselben.

I. Die Entstehung.

Der abstracten Willenstheorie und der Objectivitätstheorie zufolge entscheidet die causa darüber, ob im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz oder Detention entsteht, ohne daß der abweichende individuelle Wille in Betracht kommt, nach der individuellen Willenstheorie gibt letzterer den Ausschlag. Ihr zufolge kann also Besitz entstehen, wo das Verhältniß mit Detention, und Detention, wo dasselbe mit Besitz verbunden ist. Beide Fälle sollen unterschieden werden.

1. Besitz statt Detention. Selbstverständlich setzen wir voraus, daß das Vorhandensein des auf Besitz gerichteten Willens nicht Gegenstand des Zweifels sein kann, wir wollen zu dem Zweck annehmen, daß derselbe bei dem Apprehensionsakt vor Zeugen ausdrücklich erklärt worden ist.

Fassen wir die beiden Gestaltungen ins Auge, welche das contractliche Detentionsverhältniß annehmen kann: das procuratorische und selbstnützige. (S. 3.)

Das procuratorische Detentionsverhältniß. Ich sende einen Dienstmann mit dem Frachtbrief zur Eisenbahn, um ein Frachtstück, einen Fuhrmann mit dem Abfuhrschein in den Wald, um gesteigertes Holz in Empfang zu nehmen. Geben sie die obige Erklärung ab, so haben sie damit den Besitz erworben. Daß das römische Recht das Gegentheil bestimmt [1]), soll uns hier nicht kümmern, wir beschränken uns auf Anlegung des legislativpolitischen Gesichtspunktes, der für uns allein in Betracht kommt.

Die Frage lautet: Kann der Gesetzgeber bei der unmittelbaren Stellvertretung (von der mittelbaren ist hier nicht die Rede) dem abweichenden Willen des Stellvertreters diesen Einfluß zugestehen? Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Dadurch würde er das Institut der Stellvertretung unterminiren, der Erfolg der Stellvertretung im einzelnen Fall wäre ein gänzlich unsicherer, ganz in den Willen des Stellvertreters gestellt, um die Sicherheit des Verkehrs wäre es geschehen. Man wende nicht ein, daß ein untreuer Stellvertreter ja auch die für den Auftraggeber in Besitz genommene Sache unterschlagen könne, die Gefahr sei dort keine größere, als hier. In Bezug auf den Besitz allerdings, nicht aber in Bezug auf das Eigenthum. An der Besitzesfrage hängt hier

1) l. 13 de donat. (39. 5) . . nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

für den Vertretenen zugleich die Eigenthumsfrage. Hat der Stellvertreter den Besitz für sich erworben, so ist der Auftraggeber durch ihn nicht Eigenthümer geworden. Die Sache kann für den Vertretenen eine ganz verhängnißvolle Gestalt annehmen, man denke sich z. B. den Fall, daß der Absender der Sache Concurs gemacht, widerrufen hat, gestorben ist, hier wäre wegen mangelnden Besitzüberganges auch kein Eigenthum auf ihn übergegangen [1]), was unter Umständen für ihn den Verlust der Sache bedeuten kann. Bedenklicher aber noch als im Fall der Eigenthumsübertragung durch Tradition, wo wenigstens das Eigenthum nicht auf den treulosen Erwerber übergeht, sondern beim Tradenten zurückbleibt, würde sich die Sache in den Fällen des originären Eigenthumserwerbs, z. B. durch Occupation, Specification, gestalten. Denn bei ihnen, wo sich der Eigenthumserwerb an den äußern Akt als solchen knüpfte, würde der Stellvertreter durch die Erklärung, daß er ihn auf eigenen Namen, für sich selber vornähme, mit dem Besitz zugleich das Eigenthum erwerben. Die gefangenen Fische, das erlegte Wild würden dem Knecht des Fischers, dem Jägerburschen des Försters, die gedrehten Cigarren dem Arbeiter in der Fabrik, der angefertigte Rock dem Schneidergesellen gehören. Daß alle diese Personen trotz ihres entgegenstehenden Willens nach römischem Recht Besitz und Eigenthum für ihren Herrn erwerben, scheint mir nicht zweifelhaft. Dasselbe, was die obige Stelle für den Fall der Tradition bestimmt, muß auch für diese Fälle gelten [2]). Die-

---

1) l. 9 § 1 de J. D. (23. 3) . . jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo. l. 41 de R. Cr. (12. 1) . . mortuo me . . . accipientis non facies — l. 4 pr. de man. vind. (40. 2) . . durare oportet patris voluntatem. l. 15 § 1 qui et a quo (40. 9).

2) In Bezug auf die Occupation ist mir kein Quellenzeugniß bekannt,

selbe Erwägung, welche dort die Einflußlosigkeit des Besitzwillens des Stellvertreters bedingt, trifft auch für sie zu: die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs, der einmal die Stellvertretung nicht entbehren kann.

Unser Resultat ist: mit den Rücksichten, welche der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Stellvertretung auf die Interessen des Verkehrs zu nehmen hat, ist die Zulassung der freien individuellen Willensbestimmung beim Stellvertreter schlechterdings unverträglich.

Das selbstnützige Detentionsverhältniß. Wir wissen, was für den Besitzherrn in Rom an der Fortdauer des Besitzes in seiner Person hing (S. 120). Die Anerkennung des Princips der freien Selbstbestimmung des Willens hätte für das Verhältniß von Pacht und Miethe nicht weniger als die Preisgabe der ganzen Rechtsstellung des Besitzherrn bedeutet. Daß das römische Recht sich dazu nicht verstehen konnte, wird nicht der Ausführung bedürfen [1]).

---

für die Specification verweise ich auf l. 31 de don. i. V. (24. 1) . . . quamvis uxoris cura, tamen viri esse und auf l. 27 § 1 de A. R. D. (41. 1), „cujus nomine factum sit, ejus esse“. Nach Savigny (S. 306) soll der auf Besitz gerichtete Wille der Mittelsperson nur im Fall der Tradition einflußlos sein, weil hier „der Erwerb des Besitzes nach der Absicht des Tradenten vor sich geht“, er erblickt darin eine Ausnahme von dem allgemeinen Princip, das er in l. 1 § 20 h. t. ausgeprägt findet, in der er die Worte: cum suo nomine nacti fuerint possessionem fälschlich statt auf den mittelbaren Erwerb durch Ersatzmann auf den unmittelbaren durch Stellvertreter bezieht. Ihm zufolge würde die Mittelsperson in allen oben genannten Fällen Besitz und Eigenthum erwerben.

1) Selbst Savigny (S. 284) erkennt an, daß die Vereinbarung des Ueberganges des Besitzes auf den Pächter der „Natur des Pachtes“ widerspreche, ohne aber das Mindeste zur Begründung dieser Behauptung hinzuzufügen. In derselben apodiktischen Weise könnte sich Jemand für die entgegengesetzte Behauptung auf die „Natur des Pachtes“ berufen. Die „Natur, das Wesen der Sache“ ruft nur derjenige an, der in Wirklichkeit

2. Detention statt Besitz. Der Fall, den wir damit setzen, wird nie vorkommen, aber ganz dasselbe gilt von den meisten, die wir heranziehen müssen, um die individuelle Willenstheorie daran zu erproben. Die Verantwortlichkeit für den rein fictiven Charakter meiner Casuistik trifft nicht mich, sondern die Theorie, welche mich in die Lage versetzte, mich ihrer bedienen zu müssen. Wie soll ich den Beweis meiner Behauptung, daß sie in der Anwendung zu gänzlich unannehmbaren Resultaten führe, anders erbringen, als indem ich selber künstlich die Anwendung vornehme? Eine Schultheorie kann nur an Schulfällen erprobt werden.

Also Richtung des individuellen Willens auf Detention anstatt auf den mit dem Verhältniß verknüpften Besitz. Den Probefall soll uns das Faustpfand gewähren. Der Pfandnehmer soll ein ehemaliger, fahnenflüchtig gewordener Student der Rechte sein, der sich noch erinnert, daß der Pfandgläubiger nicht den animus domini hat, aber vergessen hat, daß er nach römischem Rechte den Besitz erhält, oder es sollen zwei ehemalige Juristen sein — der eine des anderen würdig — welche vereinbaren, daß in dem Verhältniß nur Detention übergehen soll.

Wie wird sich der Gesetzgeber zu dieser Frage von der Ausschließung des Besitzes im Pfandverhältniß stellen? Nicht anders, als zu der von der Ausschließung der Veräußerungsbefugniß, er wird sie als mit dem Zwecke des Pfandvertrages unverträglich für nichtig erklären. Erhält der Pfandgläubiger bloß Detention, so kann der Pfandschuldner ihm die Sache beliebig entziehen, um die Sicherheit, welche das Pfand ge-

---

seine Ansicht nicht zu begründen weiß. An späterer Stelle (XVI) werde ich den Beweis erbringen, daß dieselbe „Natur des Pachtes", welche bei den Römern den Besitz ausschloß, nach Auffassung neuerer Gesetze sie erfordert.

währen soll, ist es geschehen, und der Gesetzgeber, der dies zugeben wollte, würde sich in den oben bereits betonten Widerspruch verwickeln, denselben Mann, den er mittelst der actio hypothecaria petitorisch schützt, possessorisch schutzlos zu lassen.

II. Umwandlung des Besitzverhältnisses.

Gleich als hätte das römische Recht die individuelle Willenstheorie vorausgesehen, so hat es bereits in alter Zeit dafür Sorge getragen, ihr den Weg zu verlegen. Es ist geschehen durch die von der alten Jurisprudenz („veteres") aufgestellte Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Ich werde dieselbe an späterer Stelle (XV) im Zusammenhang mit der Besitztheorie der römischen Juristen dogmatisch behandeln, an der gegenwärtigen Stelle interessirt uns nur die Frage, ob sie legislativ das Richtige getroffen hat.

Es sind zwei Möglichkeiten in Betracht zu ziehen: Umwandlung der bisherigen Detention in Besitz, des bisherigen Besitzes in Detention.

1. Verwandlung der Detention in Besitz. Es greifen hier dieselben legislativen Erwägungen Platz, die oben (S. 204 fl.) in Bezug auf denselben Vorgang bei Entstehung des Besitzverhältnisses geltend gemacht sind.

Auch hier könnte man einen ähnlichen Einwand erheben, wie dort. Der Detentor, kann man sagen, hat es in seiner Hand, sich thatsächlich den Besitz anzueignen: bei unbeweglichen Sachen, indem er dem Besitzherrn die Vornahme von Eigenthumsdispositionen, z. B. Vornahme von Reparaturen, Neubauten, das Betreten des Grundstückes, verwehrt, bei beweglichen Sachen, indem er die Rückgabe verweigert. Gewiß! Allein eine derartige thatsächliche Besitzentziehung ist ein Akt, der gar nicht denkbar ist, ohne daß er dem Besitzherrn

zur Kunde kommt. Derselbe versetzt ihn also in die Lage, dagegen im Wege Rechtens oder durch Eigenmacht vorzugehen. Die Annahme des Besitzwillens dagegen, selbst wenn sie in Form einer vor Zeugen abgegebenen Erklärung geschieht, kann hinter seinem Rücken geschehen. Sollte ihr vom Recht die Wirkung zugestanden werden, daß der Detentor den Besitz erhält, so würde der Besitzer den Besitz verlieren, ohne eine Ahnung davon zu haben — ein Resultat, über dessen legislative Unannehmbarkeit kein Wort verloren zu werden braucht. Hat doch das römische Recht sogar der thatsächlichen Occupation des Grundstückes eines Abwesenden, so lange sie nicht zur Kunde des Besitzes gelangt ist, diese Wirkung abgesprochen (S. 57).

Unsre Quellen setzen uns in Stand, die Frage, wie die römischen Juristen sich zu dieser Annahme des animus domini verhalten haben, zu beantworten. In Bezug auf bewegliche Sachen heißt es in l. 3 § 18 h. t. ausdrücklich: nec animo furtum committitur, für unbewegliche ergiebt sich der Satz aus Folgendem. Der Pächter kann den angenommenen Eigenthumswillen nicht deutlicher an den Tag legen, als indem er das Grundstück verkauft. Erleidet aber sein äußeres Verhältniß zur Sache keine Aenderung, indem er es von dem Käufer pachtet, so ist dem Verpächter gegenüber nichts geschehen, woraus er erkennen konnte, daß der Pächter sich den Besitz angeeignet hat, und darum dauert sein Besitz trotz des animus domini des Pächters fort: prior locator, heißt es in l. 32 § 1 h. t., possessionem per conductorem rectissime retinet.

In consequenter Durchführung dieses von den römischen Juristen im Interesse der Sicherung der Rechtsstellung des Besitzherrn aufgestellten Erfordernisses der thatsächlichen Umgestaltung des Verhältnisses (Dejection des Besitzherrn) würde ich sogar der Anzeige des Detentors an den Besitzherrn, daß er den animus domini angenommen habe, nicht die

mindeste rechtliche Bedeutung zugestehen. Als Verpächter würde ich, so lange thatsächlich alles beim Alten bliebe, d. h. so lange der Pächter keine Eigenthumsdispositionen, z. B. Bauten, vornähme oder mich in den von mir beabsichtigten hinderte, davon ebensowenig Notiz nehmen, als wenn Jemand mir sagte: mein Haus gehöre ihm. Gegen leere Worte brauche ich nicht die Waffen zu ergreifen. Ich würde dem Pächter das harmlose Vergnügen, sich des animus domini zu erfreuen, nicht verwehren. Nach der herrschenden Lehre würde er mich damit des Besitzes beraubt haben, und ich müßte dagegen das interdictum uti possidetis anstellen. Man denke sich die Sache processualisch. Mein Antrag und ihm entsprechend das Urtheil des Richters würde zu lauten haben: Beklagter sei schuldig zu erkennen, statt des animus domini wiederum den animus alieno nomine possidendi anzunehmen!

2. Verwandlung des Besitzes in Detention. Wir gelangen hier zum ersten Mal zu einem Fall von wirklich praktischer Bedeutung. Es ist der des s. g. Constitutum possessorium, der einzige, für den die Möglichkeit der Verwandlung des animus nach einer viel verbreiteten Ansicht vom römischen Recht anerkannt worden sein soll. Es stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber. Die eine [1]) dahin gehend, daß der Vorgang zwei Rechtsgeschäfte zur Voraussetzung habe, das eine auf Eigenthumsübertragung von B an A gerichtet: Kauf, Schenkung, das andere auf Ueberlassung der Benutzung der

---

1) Ich selber trage sie schon seit länger als vierzig Jahre in meinen Vorlesungen vor, sie enthält die nothwendige Consequenz meiner Theorie über den animus domini, die schon in jene Zeit zurückreicht. Oeffentlich ist sie meines Wissens in neuerer Zeit von Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 141 fl. (1867), und dann wiederum in den Verhandlungen des 15. deutschen Juristentages I S. 5 fl. ausgesprochen und zutreffend begründet worden, sie war übrigens, worauf Exner selber aufmerksam macht, bereits von Donellus vertreten. Ueber die frühere Literatur s.

Sache von A an B, also auf Belassung derselben bei ihm in seinem Interesse gerichtet: Pacht, Miethe, Vorbehalt des Nießbrauchs[1]). Um die sinnlose Weitläufigkeit der doppelten Uebertragung zu ersparen, die bei Häusern ein Aus- und Einziehen beider Theile und bei abwesenden beweglichen Sachen ein Hin- und Hersenden erfordern würde, haben die römischen Juristen verständigerweise den Satz aufgestellt, daß das Besitzverhältniß ohne äußeren Akt die entsprechende Gestalt annehme: A wird Besitzer, B Detentor in dessen Namen. Dies Resultat sucht Celsus in l. 18 pr. h. t. und in Anschluß an ihn Ulpian in l. 77 de R. V. (6.1) dadurch technisch zu rechtfertigen, daß er den Gesichtspunkt des Besitzerwerbes durch Stellvertreter zu Hülfe nimmt. Hätte Celsus damit das Richtige getroffen, so würde der Uebergang des Besitzes und Eigenthums auf den Empfänger in dem Fall, wenn der bisherige Eigenthümer statt eines gewöhnlichen Pachtcontractes einen Erbpachtcontract abgeschlossen hätte, zu verneinen sein, denn hier wird er nicht detentor alieno nomine, sondern er bleibt, was er war: Besitzer, von einer Eigenthumsübertragung auf dem obigen Wege könnte hier mithin nicht die Rede sein. Ob wohl die römischen Juristen in diesem Fall etwas anderes angenommen haben werden als in den obigen Fällen? Wer dies mit mir glaubt verneinen zu sollen, hat damit sein Ur-

---

Windscheid, Lehrbuch I § 155 Anm. 8—8c, aus neuester Zeit Goldschmidt, Rechtsstudium und Prüfungsordnung (1887) S. 368 Note 135, Bähr in meinen Jahrbüchern B. 28, S. 328 fl. (1888), Kroschel Archiv f. civ. Praxis, B. 72, S. 256 fl. (1888.)

1) Ueber Pacht und Miethe l. 77 de R. V. (6. 1) arg. l. 19 pr. h. t. über den Nießbrauch l. 28, l. 35 § 5 Cod. de donat. (8. 53). Bei den Römern gesellte sich noch das Prekarium im pfandrechtlichen Verhältniß hinzu, l. 15 § 2 Qui satisd. (2. 8). Auch den Uebergang des Eigenthums bei der societas omnium bonorum hat man auf Grund von l. 2 pro soc. (17. 2) auf diesem Wege vermitteln wollen.

theil über den angegebenen Gesichtspunkt von Celsus ausgesprochen: es ist ein mißlungener Constructionsversuch, der, wie es bei so manchen Constructionsversuchen der Fall ist, die Erkenntniß mehr trübt als fördert. Der wahre Grund jener Vereinfachung des Herganges lag in der angegebenen praktischen Rücksicht, und sie traf für den Fall, wo der Verkäufer in Folge des zweiten Rechtsgeschäfts den Besitz behielt, ganz so zu, wie für den, wo er in Folge davon Detentor ward. In allen diesen Fällen spielt der animus nicht die mindeste Rolle, es ist lediglich das Zusammentreffen zweier auf verschiedene Zwecke gerichteten Geschäfte, welches die Aenderung im Besitzverhältniß bewirkt, der animus detinendi kommt dabei gar nicht in Frage.

Die zweite Ansicht geht dahin, daß die bloße Annahme des animus alieno nomine detinendi ausreiche, um von B den Besitz auf A zu übertragen. Sie nimmt Celsus mit seinem Gesichtspunkt: alium possessorem ministerio meo facio (l. 18 pr. cit.) beim Wort. Reicht die bloße Absicht, als Stellvertreter für Jemanden den Besitz zu erwerben, aus, was sollte es verschlagen, ob sich die Sache bei einem Dritten befindet oder beim Stellvertreter selber? Was sie dort vermag, vermag sie auch hier. Der einzige Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß die Stellvertretung dort selbständig auftritt, hier ein zwischen beiden Parteien bereits bestehendes Rechtsverhältniß vorfindet, dem sie sich anschmiegt, und es ist nicht abzusehen, warum nicht wie jeder Andere, so auch der Verkäufer, Schenker die Funktion eines Stellvertreters übernehmen könnte, das Erforderniß eines auf Rückgabe der Sache von dem Empfänger an den Tradenten gerichteten Rechtsgeschäftes schwebt gänzlich in der Luft.

Logisch vollkommen richtig und dennoch verkehrt! Gegen die Schlußfolgerung, welche diese Ansicht dem Gesichtspunkt

des Celsus entnimmt, läßt sich nicht das Mindeste einwenden, sie hat nur den Fehler begangen, daß sie diesen Gesichtspunkt unbesehen als richtig angenommen hat, während er es nicht ist. Es ist derselbe Fehler, den sich die Subjectivitätstheorie in Bezug auf den animus possidentis des Paulus hat zu Schulden kommen lassen, und dem wir die ganze Lehre vom animus domini verdanken: Erhebung eines von einem römischen Juristen lediglich im Interesse der *technischen* Rechtfertigung eines gewissen Rechtsvorganges aufgestellten *constructiven Gesichtspunktes* zum Range eines *praktischen Rechtsprincips*, zu einer allgemein gültigen *dogmatischen* Wahrheit. Bevor man ihm dieselbe zuschrieb, hätte man erst die Frage aufwerfen müssen, ob das positive Recht sie ihm zuerkennt, diese Probe aber hat man hier wie dort unterlassen. Auf diesem Wege ist man denn zu Resultaten gelangt, die mit demselben nicht bloß in Widerspruch stehen, sondern hinsichtlich deren man bei einiger Besonnenheit hätte erkennen müssen, daß dasselbe sich zu ihnen gar nicht verstehen *konnte*. Im blinden Feuereifer der logischen Consequenzmacherei hat man von alle dem nicht die mindeste Notiz genommen, die richtige Logik blickt weder rechts noch links, sie hält, unbekümmert um alles, was sich ihr in den Weg stellt, ihre gerade Bahn inne, wie die Kugel, die das Gewehr verlassen hat.

Ich mache die beiden Proben, deren Unterlassung ich den Vertheidigern dieser Ansicht zur Last gelegt habe, die eine soll zeigen, daß das römische Recht die Consequenzen, welche sie dem Gesichtspunkt des Celsus entnimmt, nicht angenommen *hat*, die andere, daß es sie nicht hat annehmen *können*.

Es hat dieselben nicht angenommen.

Dafür giebt es ein schlagendes Beweisargument, das bisher meines Wissens noch nicht benutzt worden ist: das Ver-

halten des römischen Rechts zu der Traditionsfrage bei der Schenkung eines ganzen Vermögens. Wenn irgendwo, so wäre es hier am Platze gewesen, die reale Tradition durch die ideale, wie ich die durch die Erklärung des Tradenten, fortan auf Namen des Empfängers besitzen zu wollen, beschaffte bezeichnen will, zu ersetzen, man hätte sich damit der ermüdenden Weitläufigkeit, sämmtliche einzelnen Sachen zu tradiren, aufs bequemste überheben können. Die stumpfsinnigen Römer! Sie sind nicht auf den Gedanken gerathen, daß sie dasselbe, was ihnen im Fall der Tradition einer einzelnen Sache freistand, auch in jenem Fall thun konnten, daß, was vom Singular, auch vom Plural gelten müsse, sie haben sich die unsinnige Mühe gemacht, sämmtliche[1]) Sachen einzeln zu tradiren! Ihre Juristen standen noch nicht auf der Höhe des consequenten logischen Denkens der heutigen Rechtswissenschaft, sie hätten bei unsern heutigen Juristen in die Schule gehen sollen, die sie belehrt haben würden, daß die Beschaffung der Tradition in jenem Fall reines Kinderspiel ist.

Dieselbe Schwierigkeit erhob sich bei der Restitution eines Universalfideicommisses. Die rechtliche Wirkung derselben erfordert nichts als die Erklärung des Erben, daß er restituire, aber wenn dieselben römischen Juristen, welche in jenem Fall die reale Tradition erforderten, hier nicht sich selber untreu geworden sind, so werden sie auch hier zum Zweck des Ueberganges des Besitzes an diesem Erforderniß festgehalten und für den fideicommissarischen Erben ganz denselben Grundsatz

---

1) Vat. fragm. § 263: si neque possessionem rerum singularum tradidit . . . nihil egisse placuit. l. 42 pr. de m. c. don. (39. 6). . cum bonis suis traditionibus factis . . . donationis causa cessisset. Ebenso beim Verkauf einer Erbschaft, l. 14 § 1 de her. vend. (18. 4): res hereditarias tradere debet.

zur Anwendung gebracht haben, wie für den direkten: das Erbrecht wird erworben durch bloße Erklärung, der Besitz durch Apprehension.

Seltsam! Welcher Widerspruch innerhalb des römischen Rechts! Bei der societas omnium bonorum erkennt es den Gesichtspunkt des Constitutum possessorium an (S. 211, Note 1), bei der donatio omnium bonorum nicht. Das römische Recht? Gajus stellt ihn dort auf, das römische Recht hat nichts gethan, als in jenem Verhältniß den Uebergang des Eigenthums — über Besitz hat es sich nicht ausgelassen — ohne Traditionsakt zuzulassen (l. 1 pro socio 17. 2), und wenn Gajus den Gesichtspunkt der stillschweigenden Traditon (l. 2 ibid. tacita traditio) zu Hülfe nimmt, so ist das wiederum ein Constructionsversuch, der weit entfernt, das römische Recht mit sich in Widerspruch zu setzen, Gajus mit dem römischen Recht in Widerspruch setzt, denn derselbe trifft für die Schenkung des ganzen Vermögens nicht zu, er steht auf derselben Linie mit dem von Celsus und Paulus. Die positive Gestalt der Sache, an die allein wir uns zu halten haben, besteht darin, daß das römische Recht aus bewegenden Gründen in dem einen Fall die Tradition erlassen, in dem andern sie gefordert hat. Wie der Jurist vom formal-technischen Gesichtspunkt aus sich das zurechtlegen will, ist seine Sache, das positive Recht aber muß er stehen lassen.

Damit glaube ich nachgewiesen zu haben, daß der Gesichtspunkt des Celsus keine dogmatische Wahrheit beanspruchen kann, daß der Satz: man könne nach römischem Recht die reale Tradition einfach durch die oben angegebene Erklärung ersetzen, demselben nicht entspricht; hätte das römische Recht ihn gekannt, so hätte es nicht bei der Schenkung eines ganzen Vermögens auf der Tradition sämmtlicher einzelnen Sachen bestehen können.

Es hat sich zu ihnen nicht verstehen können.

Es hätte dies nicht mehr und nicht weniger bedeutet, als die praktische Aufgabe des Erfordernisses der Tradition, der Satz: traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur (l. 20 Cod. de pact. 2. 20) wäre in sein Gegentheil verwandelt worden, das römische Recht hätte den Parteien zugerufen: Ihr müßt tradiren, der bloße Vertrag reicht nicht aus, paßt es Euch aber nicht, zu tradiren, so schadet es auch nicht, der Tradent muß dann nur erklären, fortan für den Empfänger besitzen zu wollen. Und selbst dieser ausdrücklichen Erklärung bedarf es nicht einmal, wie überall steht auch hier die stillschweigende der ausdrücklichen gleich, es genügt daher, wenn sich nur aus den Umständen ergiebt, daß der Tradent fortan für den Empfänger besitzen wolle oder solle.

Eine verlockende Aussicht für den Richter!

Wie unterscheidet sich denn die Verpflichtung, die dem Tradenten durch den angeblichen Nebenvertrag auferlegt wird, von derjenigen, die ihm aus dem Contract selber obliegt? Hat der Verkäufer bei Verabredung eines späteren Traditionstermins, auch wenn über die Aufbewahrung der Sache nichts verabredet wird, dieselbe etwa nicht für den Käufer aufzubewahren, besitzt er sie in dieser Zwischenzeit etwa nicht für den Käufer? Ob man ihn zum Besitzer oder Detentor stempelt, in Bezug auf sein Verhalten zur Sache begründet dies praktisch nicht den mindesten Unterschied, auch als Besitzer hat er sich aller Eigenthumsdispositionen zu enthalten und den Käufer als denjenigen zu respectiren, dem die Sache gehört, zwar nicht sachenrechtlich, aber obligatorisch, was für ihn keinen Unterschied macht; kurz, seine Stellung ist ganz dieselbe als die des Detentors: er besitzt für den Käufer.

Und wenn dasjenige, was sich schon aus dem Kaufcontract als solchem ergiebt, noch besonders verabredet wird,

sollte das Verhältniß eine gänzlich andere Gestalt annehmen? Bisher hat meines Wissens noch Niemand daran gezweifelt, daß alle Verabredungen, welche die Personen über die Tradition treffen, z. B. über die Zeit, wann, den Ort, wo, über die Person, an welche sie erfolgen soll, unter den Gesichtspunkt der in den Rahmen des Vertrages selber fallenden Modalitäten der Erfüllung zu bringen und demgemäß mit der actio emti geltend zu machen sind. Ich kaufe im November beim Kunsthändler einen Kupferstich und mache aus, daß er ihn am Weihnachtsabend einem Freunde von mir zustellen soll; thut er es nicht, so klage ich nicht mit der actio depositi oder mandati, sondern mit der actio emti.

In obligatorischer Beziehung ändert also die Vereinbarung, der Verkäufer solle für mich die Sache aufbewahren, nicht das Mindeste. Und in sachenrechtlicher Beziehung sollte sie dem Verhältniß eine ganz andere Gestalt verleihen? Oder soll die bloße Verabredung des Aufbewahrens nicht genügen, soll es der ausdrücklichen auf Aenderung des Besitzverhältnisses gerichteten Erklärung bedürfen? Damit wäre der Idee allerdings die gefährliche Spitze abgebrochen, denn eine solche Erklärung wird im Leben in Millionen Fällen kaum einmal vorkommen, und der Richter wüßte dann doch, woran er wäre, er wäre der verzweifelten Aufgabe, die Aenderung des Besitzwillens aus den Umständen zu entnehmen, überhoben.

Aber wie man sich auch zu dieser Frage: ob die Verwandlung des animus domini in den animus alieno nomine detinendi ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen entnommen werden soll, stellen möge, mir soll es gleich gelten, ich verlange nur, daß mit dem Satz: der Käufer ist nunmehr Besitzer und Eigenthümer geworden, voller Ernst gemacht werde. Das aber haben die Vertheidiger dieser Ansicht bisher nicht gethan, sie haben vielmehr zwei Consequenzen, welche

dieselbe in sich schließt, und welche sie schwerlich in den Kauf nehmen werden, bei Seite gelassen.

Die erste. Gilt die Sache juristisch als tradirt, so ist damit der Kaufcontract erfüllt, die actio emti folglich beseitigt, der Käufer kann mithin die Herausgabe der Sache nicht mehr mittelst ihrer erzwingen, sondern nur mit der Klage aus dem neuen Vertragsverhältniß, das den Kaufcontract abgelöst hat. Für die obigen ächten Fälle des Constitutum possessorium, wie ich sie nennen will, wird Niemand dies beanstanden, der Käufer, der dem Verkäufer die Sache verpachtet hat, kann nicht mehr die actio emti auf Tradition anstellen, sondern muß sich der actio locati bedienen. Ganz dasselbe muß aber auch für den hier in Frage stehenden unächten Fall des Constitutum possessorium gelten. Der Käufer ist, da die Sache ihm tradirt ist, der actio emti auf Herausgabe derselben verlustig gegangen, er hat die Klage aus dem Vertrage anzustellen, durch den der Verkäufer zur ferneren Aufbewahrung der Sache sich verpflichtet hat. Welcher Vertrag soll es sein: Depositum oder Mandat? Wenn ersterer, so haftet der Beklagte nur für culpa lata, wenn letzterer, so allerdings, wie beim Kauf, auch für culpa levis, aber um das Retentionsrecht des Verkäufers wegen Nichtzahlung des Kaufpreises ist es geschehen. Der Beklagte ist nicht mehr Verkäufer, sondern Depositar, Mandatar, als solcher hat er aber nicht mehr das Retentionsrecht des Verkäufers. Was das für ihn bedeutet, brauche ich nicht weiter auszuführen. Wer diese Consequenz nicht will, darf auch die Tradition nicht wollen, er hat nur die Wahl: entweder Tradition, dann muß er die Wirksamkeit derselben auch in obligatorischer Beziehung anerkennen, oder wenn er davor zurückschreckt, dann keine Tradition, auch nicht in sachenrechtlicher Beziehung — eine Tradition, die es in der einen Beziehung ist, in der anderen nicht, ist ein Unding.

Die zweite Consequenz. Sie hat zum Gegenstande die erzwungene Tradition[1]). Nach römischem Recht macht der Zwang das Rechtsgeschäft bekanntlich nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar, bei der erzwungenen Tradition geht mithin Besitz und Eigenthum auf den Zwingenden über. In welcher Form die Tradition beschafft wird, ob real oder ideal durch Willenserklärung, kann selbstverständlich nichts ausmachen. Zwinge ich also Jemanden zur Abgabe der Erklärung, daß er mir sein ganzes Vermögen abtreten und fortan alle seine Sachen für mich besitzen wolle, so bin ich dadurch Besitzer und Eigenthümer derselben geworden, und es bedarf meinerseits nur derselben Erklärung, um Besitz und Eigenthum auf einen Andern zu übertragen. Ein ingeniöser Mechanismus! Besitz und Eigenthum sind durch die bloße Willenserklärung in einer Weise spiritualisirt, die nichts zu wünschen übrig läßt, der Besitzwille überbietet an Schnelligkeit noch den elektrischen Telegraphen, in demselben Moment, wo ich erkläre, daß ich meine Plantage in Jamaika oder mein Haus in Sidney für einen Andern besitzen will, ist die Tradition beschafft, der Mann

1) Ich bin darauf geführt worden durch die l. 23 § 1 h. t. von Javolen, wo er die Frage aufwirft: si vinxero hominem liberum ita ut eum possideam an omnia quae is possidebat ego possideam per illum? eine Frage, die er selbstverständlich verneint. Allerdings ist hier nicht von der durch Zwang abgenöthigten Erklärung des Besitzwillens die Rede, aber wenn der Jurist an sie die Wirkung des Besitzüberganges geknüpft hätte, so würde er sicherlich nicht unterlassen haben, dieses dem Zwingenden sich öffnenden Weges, sich den Besitz zu verschaffen, zu gedenken. Die Stelle enthält einen neuen, bisher nicht beachteten, auch von mir oben (S. 135) aus Versehen nicht herangezogenen Beleg für die Thatsache, daß den Juristen im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit der Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter unbekannt war, Javolenus weist den Gedanken daran hier mit der wunderlichen Begründung zurück: neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

hat jetzt die physische Herrschaft über die Sache, und ehe noch der Telegraph die Nachricht vom Besitz- und Eigenthumswechsel überbracht hat, kann die rechtliche und physische Herrschaft bereits auf so und so viel andere Personen übergegangen sein. In dieser Gestalt würde die Theorie des Constitutum possessorium allerdings den Namen verdienen, den ihr Azo beilegte: mirabile mundi!

Doch genug des wüsten Spiels!

Der Besitzwille fungirt hier, wie Exner[1]) treffend bemerkt, als „eine imaginäre Größe, mit der der Jurist rechnet, um sich einen gewünschten Erfolg in seiner Weise zu construiren". Bescheidet er sich, nichts weiter zu sein, soll er nur dazu dienen, um gewisse Vorgänge des Rechts technisch zu construiren, so will ich demjenigen, der an ihn glaubt, das Vergnügen nicht verkümmern. Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn er sich zu einer praktischen Größe aufzuspielen gedenkt, wie er es in der hier erörterten falschen Theorie des Constitutum possessorium gethan hat. Daß das römische Recht ihm diesen Anspruch nicht zugestanden hat, ist oben, daß es ihm denselben nicht zugestehen konnte, ist hier dargethan. Dasselbe würde damit das Erforderniß der Tradition so gut wie aufgegeben und den Richter des sicheren Kriteriums, um den Uebergang aus dem obligatorischen Stadium des Verhältnisses in das sachenrechtliche zu erkennen, beraubt haben.

Die so eben erfolgte Veröffentlichung des Entwurfs unseres bürgerlichen Gesetzbuchs verschafft mir noch die Möglichkeit, die Stellung, welche er zur Frage vom Constitutum possessorium genommen hat, ins Auge zu fassen.

Der § 805 lautet: Die Uebergabe einer in der Inhabung des Besitzers befindlichen Sache an einen Andern kann, wenn

1) In der oben citirten Schrift S. 144, Anm. 57.

der Besitzer auf Grund eines zwischen ihm und dem Andern bestehenden besondern Rechtsverhältnisses befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten, dadurch bewirkt werden, daß der bisherige Besitzer im Einverständniß mit dem Andern diesem den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt fortan für den Andern auszuüben.

Ich würde es bedauern, wenn dieser Paragraph Gesetzeskraft erhielte. Ob der Entwurf wohlgethan hat, an der herrschenden Theorie von dem Erforderniß des animus domini für den Besitz festzuhalten (§ 797: Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben: Besitzwille), lasse ich hier dahingestellt. Aber dies einmal zugegeben, so scheint mir das obige Erforderniß, daß der bisherige Inhaber denselben erklären soll, höchst bedenklich. Damit ist der Entwurf noch über Savigny hinausgegangen, der in den Fällen, wo das Verhältniß selber die Detention mit sich bringt, wie z. B. im Pachtverhältniß, die Erklärung, für den Andern besitzen zu wollen, als überflüssig bezeichnet [1]), und das ist auch die Gestalt der Sache im römischen Recht (arg. l. 77 de R. V. 6. 1). Wozu erst noch eine ausdrückliche Erklärung, wenn die Verpflichtung oder Berechtigung, die Sache als Inhaber zu behalten, sich aus dem „besondern Rechtsverhältniß" ergibt? Etwa um zu constatiren, daß er sie nicht in seiner Eigenschaft als Verkäufer besitzen will? Aber dies ergibt sich ja schon daraus, daß seine Rechtsstellung als Verkäufer durch das besondere Rechtsverhältniß beseitigt worden ist, und daß letzteres die Innehabung für den Käufer mit sich bringt. In Wirklichkeit wird diese Erklärung kaum jemals vorkommen, denn was weiß der Laie von dem Willen, „die thatsächliche Gewalt

1) S. 320: vom Pachtcontract „ist die nothwendige Folge, daß der Andere (Käufer und Verpächter) . . ., er (Verkäufer und Pächter) aber der Verwalter des fremden Besitzes ist".

für sich oder einen Andern auszuüben?" Es wird damit ein juristischer Begriff ins Leben hineingeworfen, von dem das Volk nicht die mindeste Ahnung hat.

Wie nun, wenn die Erklärung unterbleibt? Hier kann eine Uebergabe nicht angenommen werden, selbst dann nicht, wenn der Wille der Parteien unzweifelhaft auf Eigenthumsübertragung gerichtet war. In der Geldnoth verkauft ein Leihbibliothekar, um baar Geld zu erhalten, seine Leihbibliothek, es wird aber ausgemacht, daß er das Geschäft auf eigene oder auf Rechnung des Käufers gegen eine gewisse von ihm oder ihm zu gewährende Vergütung fortsetzen solle. Beide Parteien werden nicht darüber im Zweifel sein, daß das Eigenthum übergegangen ist. Nach dem Entwurf ist es nicht der Fall, weil die Erklärung unterlassen ist. Verkauft derselbe Mann die Bibliothek einem Andern, und ist dieser so vorsichtig, sich von ihm die Erklärung ertheilen zu lassen, daß er „die thatsächliche Gewalt fortan für ihn ausüben wolle", so hat der erste Käufer das Nachsehen.

Vielleicht ist die Commission auf den Gedanken, eine ausdrückliche Erklärung zu verlangen, nur dadurch gerathen, weil sie sich nicht verhehlte, wie mißlich es sonst mit der Constatirung des Eigenthumsübertragungswillens bestellt sein würde. „Das besondere Rechtsverhältniß, auf Grund dessen der bisherige Besitzer *befugt* oder *verpflichtet* ist, die Sache als Inhaber zu behalten", gewährt dafür keinen sicheren Anhaltspunkt. Dasselbe läßt sich zwar *begrifflich* sehr leicht von dem durch den Kaufcontract begründeten unterscheiden, aber woran soll man das Dasein desselben im *einzelnen Fall* erkennen? Es ist vereinbart worden, daß der Verkäufer das Pferd noch bis zu einem bestimmten Termin behalten und auf seine Kosten füttern solle — hier ist er *verpflichtet*, die Sache zu behalten — oder daß der auf einer Concertreise begriffene

Virtuose, von dem ich auf der Durchreise ein Cello kaufe, dasselbe noch während seiner Concertreise solle benutzen dürfen — hier ist er *befugt*, die Sache zu behalten. Liegt hier der Thatbestand eines *besonderen* Rechtsverhältnisses vor? Niemand wird behaupten, daß diese Vereinbarungen sich nicht als *Modalitäten der Erfüllung* unter den Gesichtspunkt des Verkaufs bringen lassen. An einem *inhaltlichen* Moment der Unterscheidung fehlt es hier, an einem *formellen* ebenfalls — was soll der Richter thun? Ich würde als solcher sagen: ich bringe alle Vereinbarungen der Parteien, so lange als sie sich mit dem Zweck des geschlossenen Vertrages vertragen, unter den Gesichtspunkt dieses Vertrages, ein besonderes Rechtsverhältniß nehme ich erst dann an, wenn sie darüber hinausgehen und den Thatbestand eines anderen Vertragsverhältnisses begründen, in den angegebenen Beispielen würde ich es demnach nicht thun.

Um dieser Unbestimmtheit, welche praktisch mit einer Unsicherheit des Rechts gleichbedeutend ist, auszuweichen, scheint es mir nur *einen* Weg zu geben: das Gesetz muß die Voraussetzung, an die der Eigenthumsübergang geknüpft sein soll, anstatt *abstract* („befugt oder verpflichtet") *concret* fassen, d. i. diejenigen Geschäfte namhaft machen, an welche er geknüpft sein soll. Allerdings widerstreitet dies einem ausgeprägten Zuge unserer heutigen Jurisprudenz, welche, dem Concreten abhold, in dem Allgemeinen: der Aufstellung abstracter Principien, dem Generalisiren die Aufgabe wie der Wissenschaft, so auch der Gesetzgebung erblickt, und ein Gesetz des von mir beantragten Inhalts würde sicherlich von Seiten derer, welche die logische Correctheit im Recht für das Höchste halten, dem Vorwurf nicht entgehen, daß es auf halbem Wege stehen geblieben sei und nicht den Muth der vollen Consequenz gehabt habe. Wie ich darüber denke, brauche ich wohl nicht

erst zu sagen, ich lasse mich bei dieser Frage lediglich durch den Gesichtspunkt der Praktikabilität des Rechts leiten, der mir höher steht als alle logische Correctheit; lieber ein principiell noch so unvollkommener Rechtssatz, der die Rechtssicherheit, als ein principiell noch so vollkommener, der die Rechtsunsicherheit im Gefolge hat.

Durch diese Erwägung geleitet, würde ich die Geschäfte, welche zum Zweck haben, dem Tradenten die Sache im eigenen Interesse zu lassen, auf drei beschränken: Pacht, Miethe und Vorbehalt des Nießbrauchs, es sind dies auch die drei einzigen, welche das römische Recht namhaft macht[1]). Das oben von mir betonte Moment der inhaltlichen Verschiedenheit beider vom Kauf- oder Schenkungsvertrage tritt hier offen zu Tage, der Richter kann nicht im Zweifel sein, daß ein vom principalen Geschäft gänzlich verschiedenes zweites vorliegt. Die Ueberlassung zur vorübergehenden unentgeltlichen Benutzung wäre damit der Wirkung, die man ihm bisher mittelst Anwendung des oben beleuchteten constructiven Gesichtspunktes von Celsus zugestanden hat und zu-

---

1) Man pflegt auch wohl das Prekarium mit aufzuführen. Daß die Tradition durch Vereinbarung eines Prekariums hätte erspart werden können, wird nirgends gesagt, wäre es möglich gewesen, so hätte es bei der Schenkung des ganzen Vermögens nicht der Tradition bedurft (S. 214). Auch im pfandrechtlichen Verhältniß, in dem es seine hauptsächlichste Anwendung im römischen Leben fand, hatte es in Bezug auf die Begründung des Pfandrechts, die ja allein in Frage kommen konnte, nicht die mindeste Bedeutung. Bei der fiduciarischen Verpfändung der res mancipi bedurfte es der Uebertragung des Eigenthums durch mancipatio oder in jure cessio, und wenn hier, wie es die Regel war, der Pfandgläubiger die Sache einstweilen in der Nutzung des Schuldners beließ, d. h. ein Prekarium mit ihm abschloß, so blieb der Schuldner, was er war: Besitzer. Dasselbe war der Fall bei der hypothekarischen Verpfändung, beim Faustpfande war der Gläubiger selber Besitzer, vom Prekarium konnte also erst die Rede sein, nachdem das Pfandrecht begründet war.

gestehen mußte, beraubt. Fällt das ins Gewicht? Meiner Ansicht nach nicht, denn ist dieselbe von den Parteien beabsichtigt, so mögen sie dieselbe klar und deutlich an den Tag legen, sich des regelrechten Weges bedienen, den das Recht dafür vorzeichnet: der Vornahme des Traditionsaktes zum Zweck der Eigenthumsübertragung. Haben sie dies unterlassen, so bringt der Richter die Vereinbarung unter den Gesichtspunkt der Modalitäten in Bezug auf die Ausführung des Kaufvertrages, er nimmt an, daß ihrer Absicht zufolge Besitz und Eigenthum beim Verkäufer verbleiben soll. Das Deficit der Deckung zwischen der Absicht der Parteien und dem Gesetz, das hier in einzelnen Fällen — gewiß nur in sehr wenigen! — eintreten mag, kommt gegenüber der um diesen geringen Preis erkauften Rechtssicherheit gar nicht in Betracht, es ist das Manco, das mit einer praktikablen Gestaltung des Rechts stets verbunden ist (S. 148 und 151). Den Uebergang des Eigenthums bei Belassung der Sache im Interesse des Käufers würde ich auf einen einzigen Fall beschränken: den des Kaufs von Werthpapieren bei einem Bankier mit verabredetem Depot. Hier ist das Interesse des Eigenthumsüberganges ebenso unzweifelhaft, wie das Erforderniß der Vornahme des äußeren Traditionsaktes eine sinnlose und unter Umständen äußerst lästige Formalität enthalten würde. Zeigt der Bankier, bei dem ich meine Papiere zum Zweck der sicheren Aufbewahrung und der Einlösung und Anlegung der Zinscoupons zum Depot gegeben habe, mir an, daß er in meinem Auftrage die und die Papiere angekauft habe, so versteht sich von selbst, daß er sie als die meinigen zu den übrigen legt. Wollte der Gesetzgeber dasselbe, was in diesem Verhältniß, schlechthin verstatten, so würde er damit eine höchst bedenkliche Rechtsunsicherheit heraufbeschwören. Der Verkäufer soll die Sache vorläufig noch bei sich aufbewahren, bis ich sie ab=

hole. Ist das ein Depositum? Er soll sie demjenigen übergeben, den ich senden werde. Ist das ein Mandat? Die Sache kann so einfach liegen, daß kein Richter Zweifel tragen wird, darin eine bloße Verkaufsberedung zu finden, sie kann aber auch eine Gestalt annehmen, welche es höchst zweifelhaft macht, und eben um diese Zweifel und die daraus sich ergebende Rechtsunsicherheit auszuschließen, halte ich es für das Richtigste, wenn der Gesetzgeber alle diese Vereinbarungen unter den Gesichtspunkt der Verkaufsberedungen bringt, d. h. den Eigenthumsübergang auf Grund derselben ausschließt. Möglicherweise lassen sich dem obigen von mir aufgestellten Fall noch andere gleichberechtigte an die Seite stellen, ich bescheide mich gern, die Sache nicht völlig zu überschauen, aber jedenfalls glaube ich in Bezug auf sie die Maxime vertreten zu sollen, daß die Gesetzgebung nicht ohne die dringendste Noth dieselben zulassen soll — lieber ein Schritt nach der anderen Seite zu viel, als nach dieser, die vermeintliche Concession an die muthmaßliche Absicht der Partei könnte dem Recht theuer zu stehen kommen!

Ich schließe meine Ausführungen mit dem Satz: das Constitutum possessorium, das mirabile mundi, ist ein höchst gefährliches Institut, das der Gesetzgeber wohlthun wird in die engsten Grenzen einzuschließen, es könnten ihm sonst bittere Erfahrungen damit beschieden sein. Welche Erfahrungen man in der römischen Praxis damit gemacht hat, zeigt eine vorübergehende Bestimmung von Theodos dem Jüngern, in der er bei Gelegenheit der Einführung der Insinuation für Schenkungen die „species traditionis, quam olim retentio ususfructus (in donationibus) induxerat", aufhob[1]). Offenbar

1) l. 18 Cod. Theod. de don. (8. 12). In l. 9 ibid. stellte er schon nach zwei Jahren das alte Recht wieder her, durch Einführung der Insinuation war der im Text hervorgehobenen Unsicherheit vorgebeugt.

hat dazu die Unsicherheit der Feststellung des individuellen Willens die Veranlassung geboten, es wird nicht selten zweifelhaft gewesen sein, ob die Erklärung des Schenkens nur den Sinn gehabt habe, daß er sich mit der Absicht trage, die Schenkung vorzunehmen [1]), oder ob er sich bereits rechtlich habe binden wollen, und ob das rechtlich bindende Schenkungsversprechen sofort habe vollzogen werden sollen. Um alle Zweifel bei der Schenkung auszuschließen, ordnete Theodos schlechthin, d. i. ohne Rücksicht auf den Betrag, die Insinuation an, und zu ihr sollte, um dem Vertrage sachenrechtliche Wirksamkeit zu verleihen, noch die „corporalis traditio" hinzukommen, selbst im Fall der retentio ususfructus. Die letztere Bestimmung nahm er dann mit Recht später zurück, da die Insinuation über die von den Parteien beabsichtigte Wirkung für diesen Fall keinem Zweifel Raum ließ.

Ein Verhältniß, bei dem unsere heutige Gesetzgebung Anlaß gefunden hat, zu der Idee der Beschaffung der Tradition mittelst der Erklärung des Tradenten, auf Namen des Anderen besitzen zu wollen, Stellung zu nehmen, bietet die Verpfändung beweglicher Sachen. Aus triftigen praktischen Gründen haben die meisten neuern Rechte dafür die Besitzübergabe verlangt, d. h. das Pfandrecht an beweglichen Sachen nur in Gestalt des Faustpfandes anerkannt, und da sie sich der Erwägung nicht verschließen konnten, daß das Erforderniß auf jenem Wege umgangen, und damit die gesetzliche Bestimmung gänzlich vereitelt werden könne, diesen Ausweg ausdrücklich verlegt [2]). Ihnen hat sich jetzt auch der Entwurf unseres

---

1) Dafür hatte man, wie sich aus l. 9 cit.: etiamsi stipulatus non sit ergiebt, auf die Unterlassung der Stipulation Bezug genommen.

2) S. darüber Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 2 § 155 Anm. 7.

bürgerlichen Gesetzbuches § 1147 angeschlossen: Die Bestellung des Pfandrechtes ist unwirksam, wenn vereinbart ist, daß der Verpfänder das Pfand in der Innehabung behalten soll. Damit allein ist aber der Zweck noch nicht erreicht. Was wird geschehen? Die Parteien kommen der Bestimmung nach, die Kuh des Bauern, um deren Verpfändung es sich handelt, wird vom Wucherer vorübergehend in seinen eigenen oder in einen fremden Stall geschafft, er hat jetzt Zeugen dafür, daß die Besitzübergabe erfolgt ist. Am folgenden Tage bringt er sie verabredetermaßen wieder zurück. Ein verständiger Richter würde hier schwerlich Anstand nehmen, die Worte des Entwurfs: „in der Innehabung behalten" auch auf diesen Fall des Zurückerhaltens zu erstrecken, aber sicherer wäre es jedenfalls, zu „behalten" noch „zurückerhalten" hinzuzufügen. Ich meinerseits würde aber noch einen Schritt weiter gehen. Die Bezugnahme auf die getroffene gesetzwidrige Vereinbarung setzt den Beweis derselben voraus, der nicht immer zu erbringen ist. Der Pfandgläubiger behauptet, er habe dem Bauern die Kuh auf dessen Bitten aus lauter Freundlichkeit zurückgegeben, oder er läßt, um sich rechtlich völlig sicher zu stellen, den Bauern einen schriftlichen Miethcontract unterschreiben, in dem die Capitalzinsen als Miethzinsen figuriren, und den er, um dem Einwande zu entgehen, daß die Vereinbarung über die Zurückgabe der Kuh schon bei der Verpfändung getroffen, von einem späteren Tage datirt. Kurz die Ermittelung des wahren Sachverhaltes kann hier mit den größten Schwierigkeiten verbunden sein.

Der Gesetzgeber kann mit einem einzigen Federstrich denselben vorbeugen. Er bestimme einfach: an einer wirklich oder angeblich verpfändeten Sache, die sich mit Willen des Gläubigers, was vermuthet werden soll, in der Innehabung des

Schuldners befindet, findet ein Pfandrecht nicht statt [1]). Allerdings werden dadurch mit den lediglich auf Umgehung des Gesetzes berechneten Rechtsgeschäften auch solche ausgeschlossen, welche auf ernstliche vorübergehende Ueberlassung der verpfändeten Sache an den Schuldner gerichtet sind. Das Bedenken erledigt sich durch Heranziehung des oben (S. 160) für die Beweisfrage aufgestellten statistischen Gesichtspunktes. Das Verhältniß des thatsächlichen Vorkommens der letzteren zu jenen ist ein so verschwindend kleines, vielleicht kaum 1 zu 1000, daß der Preis, um den hier die Rechtssicherheit erkauft wird, gar nicht der Rede werth ist. Und was liegt denn auch daran, ob dem Pfandgläubiger verwehrt wird, die Kuh gerade bei dem Verpfänder einzustellen? Gibt es doch sonst Leute genug, mit denen er den Vertrag abschließen kann.

Damit mögen meine Ausführungen über die Umwandlung des Besitzes in Detention auf Grund des veränderten Besitzwillens beschlossen sein. Sie werden dargethan haben, daß der Zulassung der Verwandlung des Besitzes in Detention in legislativ-politischer Beziehung nicht geringere Bedenken entgegen stehen, als der der Verwandlung der Detention in Besitz. Die Anheimstellung des Besitzverhältnisses an den individuellen Willen ist die Anarchie im Recht, der freie individuelle Wille macht aus dem Besitzverhältniß, was er Lust hat, heute kann er, wenn er will, sich für Besitz, morgen für Detention entscheiden, und so weiter fort. Heute finde ich eine Sache, von der ich glaube annehmen zu dürfen, daß sie derelinquirt war — ich lege mich zu Bett mit dem animus domini. Morgen erfahre ich, daß der Eigenthümer sie verloren hat, in Folge davon beschließe ich, sie ihm einzuhändigen — ich lege mich zu

1) In derselben Richtung bewegen sich bereits die Reichscivilproceßordnung §§ 709, 710 und das Einführungsgesetz zur Reichsconcursordnung §§ 14, 15 Nr. 2.

Bett mit dem animus alieno nomine detinendi. Am folgenden Tage gehe ich zu ihm, um sie ihm zu bringen, und bekomme von ihm zu hören, daß er sie zwar verloren, aber, da sie beschmutzt sei, nicht wiederhaben wolle, ich möge sie behalten — drittes Nachtlager: animus domini. Am vierten Tage meldet mir der Vater oder Vormund des Verlierenden, daß er dessen Schenkung an mich nicht genehmige — viertes Nachtlager: animus detinendi. Am folgenden Tage räth mir ein Jurist, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen — fünftes Nachtlager: animus domini.

Ein reizendes Spiel, das uns hier der Besitzwille zum Besten gibt! Warum sollte derselbe Mann, der einmal den Reiz dieser Verschiedenheit der Willensbestimmung im Besitzverhältniß — den idealen Hochgenuß des rechtlichen Wollens — an einem concreten Fall hat kennen lernen, sich nicht auch unabhängig davon das Vergnügen machen? Er könnte es als Mittel benutzen, um Leuten eine Aufmerksamkeit zu erweisen: „ich setze Sie hiermit in Kenntniß davon, daß ich mein Haus zwei Tage lang auf Ihren Namen besitzen werde, betrachten Sie sich bis dahin als Besitzer". Nach zwei Tagen kommt ein anderer Bekannter an die Reihe, am fünften ein dritter und so weiter fort!

Wenn ich solche unsinnige Consequenzen anführe, so kommt die Verantwortlichkeit dafür nicht auf meine Rechnung, sie trifft diejenigen, welche den Besitzwillen von aller Beziehung zur Wirklichkeit und zu den realen Zwecken des Lebens abgelöst und aus ihm jenes luftige, windige, blut- und fleischleere Ding gemacht haben, das sich überall niederlassen kann, wo es will, um sofort, wenn es ihm nicht mehr paßt, zu entweichen. Es mögen zum größten Theil Schattenbilder an der Wand sein — Fälle, die im Leben nicht zu besorgen stehen — an denen ich den Besitzwillen seine Probe habe bestehen lassen,

aber wenn eine Theorie, wie ich es von der individuellen Willenstheorie behaupte, keine weitere Bedeutung hat als die eines Spieles mit unbrauchbaren Begriffen, eines logischen Schattenspiels an der Wand, wie anders kann der Beweis der Richtigkeit dieser Behauptung erbracht werden, als indem man die logische Laterna magica spielen läßt und alle Bilder vorführt, die sie zu bieten vermag?

Glücklicherweise sind es, wie gesagt, nur Schattenbilder. Im Leben kommt die freie Entschließung des Besitzwillens, die in der Theorie eine so große Rolle spielt, aus dem einfachen Grunde so gut wie gar nicht vor, weil außer dem Juristen Niemand von dem Gegensatz des animus domini und alieno nomine detinendi etwas weiß. Ich möchte die Wette wagen, daß auf eine Million Laien auch nicht ein Einziger kommen wird, der davon eine Ahnung hat, der Gegensatz im Besitzwillen kommt über die Regionen der Theorie nicht hinaus, für das Leben ist er ohne alle und jede Bedeutung. Ihm praktische Realität einzuräumen, wie es der obige Entwurf gethan hat, indem er die Annahme des Besitzes an den Willen knüpft: „die Sache als die seinige zu haben", und indem er im Verhältniß des Constitutum possessorium die Erklärung verlangt: die „thatsächliche Gewalt fortan für einen Andern auszuüben", ist in meinen Augen um nichts besser, als wenn man dem gemeinen Mann die Logarithmentafeln in die Hand geben wollte — der gemeine Mann muß und kann ohne Logarithmentafeln auskommen, und ebenso ohne die Kenntniß von dem Unterschiede des Besitzwillens und von Besitz und Detention.

Ich fasse das Resultat meiner Ausführungen in dieser Nummer in den Satz zusammen: Die Subjectivitätstheorie hat die legislativ-politische Probe, der wir sie unterzogen haben, nicht bestanden — ebenso wenig wie die beiden vorher-

gehenden: die historische und die processualische. Hätte sie selber sie angestellt, es wären ihr wohl darüber, ob denn das sonst so gesunde römische Recht in Wirklichkeit der Lehre vom Besitz eine so gänzlich verfehlte Gestalt gegeben habe, die Augen geöffnet worden. Wenn die Hebamme eine Mißgeburt zu Tage fördert, so hat sie keinen Grund, ihren Augen zu mißtrauen, wenn aber die Wissenschaft eine Theorie aufstellt, die sich bei nüchterner Betrachtung als Mißgeburt ergiebt, so sollte sie sich doch erst zwei und drei Mal die Frage vorlegen, ob dieselbe anstatt auf Rechnung des Gesetzgebers nicht etwa auf ihre eigene zu setzen sei. Dies hat sie unterlassen.

XI.

Die didaktische Probe.

Ich versetze mich im Geist in die Zeit zurück, als ich den Worten meiner Lehrer lauschte, welche mir die Einsicht in die Tiefen des juristischen Wissens erschlossen. Was ich damals über den animus domini und alieno nomine detinendi davongetragen habe, dessen erinnere ich mich nicht genau mehr, wohl aber weiß ich, daß ich mich genöthigt fand, meine unvollkommenen Anschauungen aus den gangbaren Compendien der damaligen Zeit zu vervollständigen. Schon zu jener Zeit hat mir der animus domini viel Kopfzerbrechen verursacht, und ich möchte nicht behaupten, daß dasjenige, was ich mir fürs Examen angeeignet hatte, über einige wörtlich auswendig gelernte Wendungen der Lehrbücher hinausgegangen sei. Ob mich selber die Schuld traf, oder ob sie an meinen Gewährsmännern lag, darüber will ich den Leser in Stand setzen sich schlüssig zu werden, indem ich ihm einen Ausschnitt aus der damaligen Compendienliteratur gebe. Ich begleite die Probestücke, die ich ihnen entlehne, mit den Fragen und Glossen des Schülers, zu denen ihm „der Rede dunkler Sinn" Veranlassung gab.

Ich hörte seiner Zeit das erste Mal Pandekten bei Thibaut. Sonst bekanntlich ein Gegner Savigny's, der für seine Verirrungen ein offenes Auge hatte, hatte er sich in

diesem Punkt der Besitzeslehre ihm vollständig angeschlossen. Aus seinem System des Pandektenrechts (8. Aufl., Bd. I, § 208) erfuhr ich:

> „Diejenigen, denen im Ganzen ausschließlich in eigenem Namen wegen einer körperlichen Sache alle Interdicte gestattet sind, werden im eigentlichen Sinne possessores genannt. Die Regel ist hier, daß nur dem, welcher als wahrer oder anmaßlicher Eigenthümer besitzt (animo domini), Interdicte zustehen, hingegen alle Andern, welche bloß Rechte an einer fremden Sache ausüben, nicht als possessores betrachtet werden."

„Welche bloß Rechte an einer fremden Sache ausüben" — dies bloß sollte dem Studirenden in den Kopf! Der Nichtberechtigte, der anmaßliche Eigenthümer, sieht herab auf diejenigen, die bloß Rechte an der fremden Sache ausüben, jenem stehen die Interdicte zu, diesen nicht — dafür sollte er sich einen verständigen Grund ausdenken. Was blieb ihm übrig als zu sagen: es ist einmal nicht anders, das römische Recht hat es so bestimmt? „Im Ganzen ausschließlich im eigenen Namen". Ich verstand, daß man die Sache „im Ganzen" besitzen könne, aber nicht, wozu es dieses Zusatzes in Bezug auf die Zuständigkeit der Interdicte bedürfe, und ebenso wenig, wozu noch betont werden mußte, daß sie ihm „ausschließlich in eigenem Namen" zustehen, denn wenn mir einmal ein Recht zusteht, so steht es einem Andern nicht zu, und was soll noch der „eigene Name" dabei, wenn es mir zusteht? Um meine Verwirrung voll zu machen, erfuhr ich aus dem folgenden Satz, daß es gleichgültig sei, ob diese Stiefkinder des Rechts, denen es den Besitzesschutz versagte, „namentlich für den Eigenthümer detiniren oder die Sache für sich als fremde Sache vermöge eines persönlichen oder

dinglichen Rechts innehaben". Also man kann für sich die Sache innehaben, aber daran kehrt sich das römische Recht nicht, der Mann erhält gleichwohl nur Detention. Freilich ursprünglich muß es bei den Römern anders gewesen sein, denn der „Begriff der körperlichen Detention, verbunden mit der Absicht, zu detiniren, ist die Grundlage der ganzen Lehre vom Besitz im römischen Recht"[1]), dann aber ist „später durch rechtliche Vorschrift manche Abweichung gemacht, diese Abweichungen sind aber als Singularien zu behandeln" (§ 207). Also man kann „für sich" die Sache innehaben und vermöge eines „Rechts an der Sache", mit dem Besitz ist es aber doch nichts, es sind eben die „Singularien", die das römische Recht „später" aus irgend einem Grunde beliebt hat.

Glücklicherweise ist aber das römische Recht nicht so hartherzig, wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Denn nicht bloß, daß es dem Pfandgläubiger eine

> „juristische possessio einräumt, so kann diese Jedem, welcher andere Rechte an fremdem Eigenthum ausübt, ausdrücklich oder stillschweigend eingeräumt werden, z. B. dem Sequester, dem Empfänger eines precarii, . . . und so hat sie daher auch jeder Andere, wie der Commodatar und Pächter, gegen den sich der Eigenthümer der Vortheile des Besitzes begibt . . . Ein Gattungsbegriff für den animus dieser Personen und des Eigenthumsbesitzers läßt sich durchaus nicht geben" (§ 208).

Also zwei besondere Gestaltungen des Besitzwillens, die sich aber nicht unter einen Gattungsbegriff bringen lassen. Da wußte ich wenigstens, daß alle Mühe, ihn zu finden, verloren sei. Wenn ich mir nur über den „animus dieser Per-

---

1) Die Idee von Savigny s. oben S. 54.

sonen" in's Klare gekommen wäre! Wie hatte ich mir den animus des Pächters zu denken, der „die Sache für sich innehat", und gegen den sich „der Eigenthümer der Vortheile des Besitzes ausdrücklich begeben hat"? Den animus domini hat er nicht, da er nicht als anmaßlicher Eigenthümer besitzt. Ich verzichtete darauf, mir seinen animus klar zu machen, ich beruhigte mich dabei, daß er gleichwohl besitzen könne. Die Schlußfolgerung, die ich daran reihte, bestand darin: die Regel ist die, daß der Besitzer den animus domini haben müsse, hat er ihn aber nicht, so schadet es auch nicht, der animus domini, der sich erst so gewaltig aufspielte, läßt mit sich reden. Freilich, um im einzelnen Fall zu wissen, ob Jemand Besitzer oder Detentor ist, muß er doch wohl in Betracht gezogen werden, da muß immer erst untersucht werden, ob der Mann als wahrer oder anmaßlicher Eigenthümer besitzt, oder wenn nicht, ob ihm der Besitz nicht ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden ist, denn entgegengesetzten Falls ist der Mann bloß Detentor. Aber wie nun, wenn er dreist genug ist, sich als „anmaßlicher Eigenthümer" aufzuspielen? Wenn es nur der Anmaßung bedarf, warum sollte er es nicht? Wunderliches römisches Recht! sagte ich mir, den Leuten, die ein Recht an der Sache nachweisen können, versagt es den Besitzesschutz, und denjenigen, die kein Recht haben und sich das Eigenthum bloß anmaßen, ohne irgend einen Grund dafür anzuführen, spricht es ihn zu, es erinnert an die Schildwache, die dem Passanten die Frage vorlegt: Haben Sie einen Paß? Nein! Nun da können Sie gehen, hätten Sie einen Paß gehabt, so hätten Sie hineinkommen und sich ihn visiren lassen müssen. Die Römer müssen seltsame Leute gewesen sein, wenn sie sich im Fall eines Besitzprocesses nicht einfach für anmaßliche Eigenthümer ausgegeben haben!

Auch die Auskunft, welche Thibaut a. a. O. über den

Sequester und Precaristen ertheilt, machte mir viel zu schaffen.

Jener soll Besitzer sein, „wenn bei ihm der Besitz deponirt wird". Wird denn der Besitz deponirt? Es wollte mir nicht in den Sinn, daß man etwas anderes als eine Sache deponiren, d. i. zur Aufbewahrung übergeben könne, und dabei bleibe ich auch noch heute, denn wenn der Besitz sich deponiren läßt, warum nicht auch commodiren, vermiethen, verpachten? Die Sache, nicht der Besitz ist Gegenstand des Depositums, Commodats, der Miethe. Möglich ist, daß mit dem Depositum beim Sequester Besitz verbunden ist, aber darum darf man doch nicht sagen: der Besitz wird deponirt, man müßte dann auch sagen: beim gewöhnlichen Depositar wird die Detention deponirt, dem Commodatar, dem Pächter die Detention commodirt, verpachtet.

Am schlimmsten ging es mir mit dem Precaristen. Da soll Einer bestimmen, ob der Concedent „die possessio oder die Sache oder den bloß precären Gebrauch derselben gestattet". Bildet denn die possessio einen Gegensatz zu der Sache, und beide zu dem precären Gebrauch? Das habe ich bis auf den heutigen Tag nicht verstanden, und es gilt mir nur als einer der vielen Belege dafür, zu welchen gänzlich unverständlichen Formulirungen selbst klare Köpfe, wie es Thibaut einer entschieden war, durch die Nothlage, in welche die Annahme der Theorie des animus domini sie versetzt hatte, sich haben verleiten lassen.

Man wird es begreifen, daß ich bei der Unklarheit, welche das Lehrbuch meines Lehrers Thibaut in mir übrig ließ, noch andere Compendien zu Rathe zog. Eins der verbreitetsten, das sich damals in den Händen eines jeden Studirenden befand, der sich zum Examen vorbereitete, war das von Mackeldey. Hier erhielt ich (§ 211) folgende Auskunft:

> „Soll indeß dieses an sich bloß körperliche Verhältniß der Detention ein juristischer Besitz (possessio) und eben damit eine Quelle von Rechten werden, so muß der Inhaber der Sache zugleich die Absicht (animus) haben, dieselbe als sein Eigenthum besitzen zu wollen“.

Dazu kam dann noch in der Note die Bemerkung hinzu:

> „Man kann den juristischen Besitz einer Sache haben, ohne Eigenthümer zu sein.“

Also die Absicht haben, die Sache als sein Eigenthum zu besitzen. Heutigentags weiß ich, was damit gemeint ist: wie ein Eigenthümer, nach Art eines Eigenthümers besitzen, aber was konnte ich mir damals darunter anders vorstellen als: die Absicht müsse auf das Eigenthum gerichtet sein? Da nun Jemand, der weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, verständigerweise diese Absicht nicht haben kann, andererseits aber Jemand auch „den juristischen Besitz haben kann, ohne Eigenthümer zu sein“, so blieb mir nichts übrig, als mir den Fall so zurechtzulegen, daß der Besitzer fälschlich glauben müsse, Eigenthümer zu sein. An einer späteren Stelle (§ 220) wurde ich freilich eines Besseren belehrt, hier kommt der Besitzer bereits mit der Absicht aus, „die Sache als eigene behandeln zu wollen“.

Aber der Glaube, hier den richtigen Besitzwillen atrapirt zu haben, wurde bald wieder in mir erschüttert.

In der Note zu § 222 tritt ein neuer Wille im Besitzverhältniß auf: der auf den Schutz des Besitzes gerichtete.

> „Der animus possidendi besteht der Regel nach in dem Willen, die apprehendirte Sache als eigene Sache zu behandeln. Diese Regel erleidet jedoch eine Ausnahme in den Fällen, wo die Absicht des Besitzers aus besonderen Gründen nur auf Schutz im Be-

sitz, also auf das jus ad interdicta gerichtet ist, wie z. B. bei dem Faustpfandgläubiger und Emphyteuta."

Also ein zweiter animus, der „aus besonderen Gründen" den animus domini vertreten kann, der erstere richtet sich auf die Sache, dieser auf den Rechtsschutz. Um seinem animus diese Richtung geben zu können, sagte ich mir, muß der Mann natürlich eine Vorstellung von dem „jus ad interdicta" haben, hat er sie nicht, so fehlt es ihm an dem erforderlichen animus, und so wenig ohne animus domini von dem regulären Besitz, ebensowenig kann ohne diesen von dem exceptionellen die Rede sein.

Abermals fehlgeschossen! Aus § 296 und § 316 erfuhr ich, daß die beiden dort genannten Personen: der Emphyteuta und der Faustpfandgläubiger, ohne weiteres den Besitzesschutz genießen, jener hat „an der Sache fast alle im Eigenthum begriffenen Rechte und so auch . . . das Recht, die Sache zu besitzen", dieser die „possessio ad interdicta". Woran sollte ich mich nun halten: an § 222 oder 296 und 316? Dort ist der animus possidendi ad interdicta nöthig, hier nicht. Darüber habe ich mir vergebens den Kopf zerbrochen, Mackeldey selber wird es nicht gethan haben, bei den beiden letzten §§ hatte er vergessen, was er bei dem ersten geschrieben hatte!

In der Noth griff ich zu Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Aufl. 4. Ich glaubte anfänglich schon, daß er es in Bezug auf den zum Besitz erforderlichen animus bei dem animus domini bewenden lassen würde, denn der Anfang des § 109 belehrte mich, daß „es sich stets nach dem animus entscheidet, ob bloßer Naturalbesitz oder juristischer Besitz vorhanden sei". Allein der hinkende Bote kam nach! „Zuweilen nämlich nehmen die Gesetze den Interdictenbesitz auch da an, wo der Besitz an einen Andern

übertragen (abgeleiteter Besitz), folglich der animus nicht auf das Eigenthum, sondern nur auf Erwerbung des Besitzes in dieser Weise gerichtet wird". Da hatte ich also wieder den zweiten animus von Mackeldey § 222, den ich bei § 296 und 316 bereits losgeworden zu sein glaubte. Zugleich erfuhr ich hier, daß die innere Gegensätzlichkeit beider Arten des animus keineswegs so zweifellos sei, wie ich mir bis dahin eingebildet hatte. Nach einer Ansicht sollte selbst der Besitzer im abgeleiteten Besitzverhältniß den tadellosen animus domini haben, nach einer andern sollte der Begriff des animus possidendi von vornherein so weit gefaßt werden können, daß er auf alle Fälle des juristischen Besitzes passe, womit das Problem, das Thibaut als unlösliches erklärt hatte, gelöst erschien.

Jetzt hatte ich die Wahl zwischen drei Möglichkeiten:

erste: animus domini als Regel,
animus ad interdicta als Ausnahme,

zweite: animus domini, überall vorhanden, wo das römische Recht Besitz annimmt,

dritte: animus possidendi, zerfallend in
a) animus domini,
b) animus ad interdicta.

Ich erinnerte mich, daß Fritz zu dem Lehrbuch von Wening-Ingenheim Erläuterungen geschrieben hatte, und ich hoffte, mir hier Raths erholen zu können. Bittere Täuschung! Der Commentator schließt seine Ausführungen mit dem Satz ab (Heft 1 S. 226):

„Ueber die Streitfrage: ob es über den zum Interdictenbesitz erforderlichen animus ein allgemein anwendbares Princip gebe, und welches, darüber muß ich mein Urtheil suspendiren."

Und da hätte ein Studiosus juris sich entscheiden sollen? Ich habe mein Urtheil ebenfalls suspendirt, und habe „die

verschiedenen Arten von animus, welche bei den verschiedenen Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes vorkommen": (S. 223) den „animus emphyteutae" von Warnkönig, den „animus superficiarii" von Du Roi, Unterholzner, Schröder (daselbst) getrost auf sich beruhen lassen.

Nach Thibaut hörte ich Pandekten bei Mühlenbruch. Die Definition, die er in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2, § 234 vom Besitz gibt, lautet:

> „Besitz ist die ausschließliche Innehabung der Sache mit dem Willen, dieselbe als Eigner zu haben und zu nutzen."

ebenso § 236:

> „wie ja denn Besitz überhaupt nichts anderes ist als die durch den animus domini bestimmte Ausübung des Eigenthums."

Also der Besitzer, der nur den abgeleiteten Besitz hat, und „dem der animus domini ganz fehlt" (§ 237), ist kein Besitzer? Nein! „es wird ihm nur der Interdictenbesitz zugeschrieben, was man jetzt wohl einen abgeleiteten Besitz zu nennen pflegt." Bis dahin hatte ich wenigstens geglaubt, daß auch er Besitzer sei, jetzt mußte ich erfahren, daß er es nicht sei. Die Definition des Besitzes, die einmal nur auf den animus domini gestellt werden kann, hat für ihn keinen Raum. Worin unterscheidet sich denn sein Besitz praktisch von dem mit dem animus domini? Darüber hat Mühlenbruch sich nicht gemüssigt gefühlt eine Antwort zu ertheilen — die mochten sich die Zuhörer suchen. Also zwei Arten des Besitzes, aber kein Gattungsbegriff! Wozu auch? Die Fälle des abgeleiteten Besitzes sind „Anomalien, die historisch zu erklären sind", bei denen „ungeachtet die Gründe fortgefallen waren, welche diesem Recht sein Dasein gaben, doch die Wirkung fortdauert". Was hat die Definition des Besitzes auf solche Abnormitäten Rücksicht zu nehmen?

Besitz ist Innehabung mit animus domini, mögen die Fälle, die sich herausgenommen haben, Besitz zu sein ohne animus domini, sehen, wie sie unterkommen, die Theorie kümmert das nicht!

Mehr Compendien habe ich damals nicht zu Rathe gezogen, sie reichten mehr als aus, mich verwirrt zu machen, und es bedurfte nicht erst des Erscheinens der Pandekten von Puchta, um die Verwirrung noch zu steigern. Ich freue mich, daß das Buch erst später erschienen ist. So blieb mir wenigstens mein Glaube, daß die Rechtsstellung des Besitzers im abgeleiteten Besitzverhältniß, z. B. des Pfandgläubigers, keine schlechtere sei als die des Diebes und Räubers. Puchta würde ihn erschüttert haben, denn er lehrt (§ 125):

> „Als ein selbständiges Recht gilt nur der Besitz mit dem animus domini, bei dem die Totalität des körperlichen Verhältnisses durch den ebenso totalen Willen gedeckt und von der Persönlichkeit geschirmt wird.“

Der abgeleitete Besitz kein selbständiges Recht? Worin äußert sich denn die Unselbständigkeit? Puchta erklärt sich darüber nicht, und ich bin froh, daß ich mir darüber während meiner Studienzeit nicht den Kopf zu zerbrechen brauchte. Auch der Wille, „der dem körperlichen Verhältniß vollkommen entspricht, also der Wille, die Sache total für sich zu haben“, und der Wille, „der hinter dem Gehalt des körperlichen Verhältnisses, welches immer die Sache in ihrer Totalität ergreift, also auf einen partiellen Zweck der Sache beschränkt ist, zurückbleibt“ (§ 123), würde mir damals keine geringeren Schwierigkeiten bereitet haben als heute. Ich glaube, daß bereits meine damalige, durch die im Bisherigen erörterten schwierigen Denkprobleme nicht wenig geförderte, Verstandesentwicklung ausgereicht haben würde, um das Bedenkliche einer Con-

currenz zweier Willen, von denen der eine munter fortfährt, sich auf die Totalität des körperlichen Verhältnisses zu richten, nachdem er dem andern die Erlaubniß ertheilt hat, sich auf einen partiellen Zweck zu richten, heraus zu fühlen. Geht von der „Totalität des körperlichen Verhältnisses" etwas ab, wie es unzweifelhaft geschieht, wenn der bisherige Besitzer das Grundstück verpachtet, die bewegliche Sache vermiethet, commodirt, so kann sich fortan sein Wille nicht auf das Ganze: auf x, sondern nur auf den Rest richten, der ihm übrig bleibt. Gewährt A dem B die Erlaubniß, seinen Willen auf $\frac{1}{3}$ x (partiellen Zweck) zu richten, so erklärt A damit, daß er seinen Willen fortan nur auf $\frac{2}{3}$ erstrecken wolle. Die beiden Theilwillen können aber nicht mehr als x betragen. Nach Puchta betragen sie $x + \frac{1}{3}x$!

Die Schwierigkeiten, deren ich bisher gedachte, knüpften sich für mich an das Problem des abstracten Besitzwillens als solchen. Ihnen stellten sich würdig diejenigen an die Seite, die mir der abgeleitete Besitz verursachte. Welch' ein buntes Gewirre der Ansichten, das er mir vor Augen führte! Hat der Superficiar Besitz? Offenbar mußte die Sache bedenklich stehen, denn zwei meiner Gewährsmänner: Thibaut (§ 773) und Mackeldey (§ 301), verweigerten mir jede Auskunft, sie beschränkten sich vorsichtigerweise auf die Aeußerung: es ständen ihm das interdictum unde vi und de superficiebus zu, ohne sich über seinen Besitz auszulassen, sie machten es, wie oben Fritz — sie suspendirten ihr Urtheil. Von Schweppe, Röm. Privatrecht B. 2, § 326, Aufl. 4, erfuhr ich, daß „sich viel dafür sagen lasse, demselben eine rei, keine bloße juris possessio beizulegen". In den Augen von Wening-Ingenheim (§ 109) und Mühlenbruch (§ 302) war das ausreichend genug, um Besitz anzunehmen, während es in den Augen von Savigny, wie mir bekannt war, so leicht wog,

daß er dem Superficiar nur Detention und juris possessio zugesprochen hatte.

Daß der Emphyteuta Sachbesitz habe, darüber waren alle meine Gewährsmänner einverstanden. Aber sein animus! Wenn ich darüber nur hätte ins Klare gelangen können! Hat er den animus domini oder hat er ihn nicht? Hat ihn nicht, sagt Savigny und mit ihm die meisten meiner Gewährsmänner, vielmehr nur den animus detinendi. Nicht doch, sagen Andere, er hat zwar nicht den animus domini, aber den animus possidendi ad interdicta. Nicht minder falsch, läßt sich eine dritte Partei vernehmen, er hat den animus domini, wie jeder Besitzer im abgeleiteten Besitzverhältniß. Für den Emphyteuta und Precaristen zugestanden, sagt Puchta[1]), im Uebrigen nicht, der Wille Beider ist auf vollkommen factische Aneignung gerichtet, der der anderen Personen nicht. Ebenfalls verkehrt, lautet eine fünfte Ansicht, der beschränkte Begriff des animus domini hat dem allumfassenden animus possidendi Platz zu machen, dann verschwinden alle Schwierigkeiten, der Wille braucht nicht auf Behandlung der Sache als einer eigenen, sondern nur auf Besitz gerichtet zu sein. Um den komme ich schließlich auch noch herum, sagte ich mir, ich halte mich an Mackeldey § 296, 316, der Mackeldey § 222 aus dem Felde schlägt.

Ich bin zu Ende. Die Nutzanwendung auf den didaktischen Werth der herrschenden Lehre möge sich der Leser selber machen. Justinian hat in der bekannten Constitution, in der er den Unterschied des dominium ex jure Quiritium aufhebt, (l. un. Cod. de nudo jure Quiritium tollendo 7. 25), neben den

---

1) In den kritischen Jahrbüchern von Richter 1837, S. 679 fl. Ich habe zwar den Aufsatz damals nicht gelesen, da er aber in meine Studienzeit fällt, darf ich seine Ansicht hier mit aufführen.

sonstigen wegwerfenden Worten, in denen er seinem Herzen Luft macht, über ihn noch folgende Aeußerung gethan:

> vacuum et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt.

Ich eigne mir seinen Ausspruch für die Besitzeslehre an, nur daß sich mein Vorwurf nicht gegen das römische Recht richtet, dem die Gestalt, welche die Lehre vom Besitzwillen heutzutage an sich trägt, fremd ist, sondern gegen die romanistische Theorie.

Ich habe das „perterriti“ in vollem Umfange an mir erfahren und es noch heute, fünfzig Jahre später, nicht überwunden. Es geht mir wie K. Pfeifer[1]), der den Eindruck, welchen die Theorie des animus domini auf ihn gemacht hat, mit den Worten des Schülers in Faust kennzeichnet:

> Mir wird von alledem so dumm,
> Als ging mir ein Mühlrad im Kopf herum

Das Bedauern, welches Rudorff[2]) über diesen „beklagenswerthen Geisteszustand“ ausspricht, dessen auch ich mich schuldig erkennen muß, ist vollkommen gerechtfertigt. Nach den Proben, die ich oben (S. 180—187) von der eigenthümlichen Geistesorganisation dieses Schriftstellers mitgetheilt habe, verstehe ich es, daß er das Mühlrad in seinem Kopf nicht verspürt hat.

---

1) Was ist und was gilt im römischen Recht der Besitz? Tübingen 1840, S. 65.

2) In seiner Ausgabe von Savigny's Besitz, Zusatz Nr. 30.

XII.

Ein Blick auf die Literaturgeschichte.

Noch nie wohl hat ein Werk auf dem Gebiete unserer Wissenschaft eine solche Bewegung hervorgerufen und eine so durchaus neue Literaturperiode eingeleitet, als das von Savigny über den Besitz, und dies hat seinen guten Grund. Werke, welche bloß stofflich Neues bringen, ohne bisher von der Wissenschaft noch nicht betretene Wege einzuschlagen oder eine neue Forschungsmethode zur Anwendung zu bringen, werden, selbst wenn der Stoff, den sie zuführen, ein noch so reicher und werthvoller ist, diesen Erfolg niemals erzielen. Die Wissenschaft wird durch sie nicht genöthigt, die eingeschlagenen Bahnen zu verlassen, sie setzt ihren bisherigen Weg unangefochten weiter fort, ordnet das Hinzugekommene unter, und nach einigen Decennien wissen nur noch die Gelehrten, von wem es herrührt, die große Masse nimmt es entgegen, wie alles andere, was die Wissenschaft im Laufe der Jahrhunderte aufgespeichert hat, ohne vom Urheber eine Ahnung zu haben. Nur solche Werke, welche die ausgetretenen Bahnen der Forschung verlassen, sich selber ihren Weg bahnen, eine andere Art der Auffassung und Behandlung der wissenschaftlichen Probleme, kurz eine neue Methode zur Anwendung bringen, geben, indem sie die Wissenschaft nöthigen, zu ihr Stellung zu nehmen, den Anstoß zu einer tief eingreifenden wissenschaftlichen Be-

wegung, die der ganzen Zeit, während deren sie anhält, den Stempel einer eigenartigen, an den Namen ihres Urhebers sich knüpfenden Literaturperiode aufprägt.

Eine derartige Bewegung hat das Werk von Savigny hervorgerufen. Die Bedeutung desselben geht über den Gegenstand, den es behandelte, unendlich weit hinaus, es ist das Vorbild geworden für unzählige andere. Die Abweichung der Methode, die ihr Verfasser in demselben befolgt, von der bis dahin allgemein üblichen ist zu allbekannt, als daß ich darüber ein Wort zu verlieren brauchte, sie enthielt einen vollständigen Bruch mit der Vergangenheit. Ebenso bekannt ist, daß diese Methode bereits nach wenigen Decennien den vollständigen Sieg davongetragen hatte. Von den eigenen Ansichten, welche Savigny in dem Werk vorgetragen hatte, läßt sich ein Gleiches nicht behaupten. Ueber einzelne minder wichtige Punkte entbrannte sofort ein Kampf, z. B. über die Bedeutung von possessio civilis und naturalis, bald sind andere gefolgt, immer mehr, und zwar in steigender Progression vom minder Bedeutenden zum Bedeutenderen, es ist, als ob man erst Zeit hätte gewinnen müssen, um sich zu besinnen und von dem ersten verblüffenden Eindruck des Buchs frei zu machen, und heutzutage ist kaum noch ein einziger der Fundamentalsätze der Savigny'schen Besitztheorie unangefochten, für die meisten ist die Unhaltbarkeit derselben zur Zeit allgemein zugegeben.

Nur ein Punkt stand bisher noch so gut wie völlig fest, es ist der, auf den die gegenwärtige Schrift ihren Angriff gerichtet hat: die maßgebende Bedeutung des Besitzwillens für den Gegensatz von Besitz und Detention. Die Anfechtungen, denen er bisher ausgesetzt war, trafen nicht den Gedanken selber, sondern nur seine Fassung als animus domini und die Frage, ob die Fälle des abgeleiteten Besitzes, alle oder einzelne, sich nicht dem Gesichtspunkt des animus domini unterordnen

ließen. Man ging dabei von der Voraussetzung aus, daß beide Begriffe: der animus domini wie der abgeleitete Besitz, erst durch Savigny aufgestellt worden seien, und diese Annahme habe ich selber lange getheilt. Meine Verwunderung war daher keine geringe, als ich bei meinen literarhistorischen Untersuchungen über die Entwicklung der Besitzlehre, die erst aus relativ später Zeit datiren, gleich bei einem der ersten Schriftsteller aus früherer Zeit, den ich zur Hand nahm: bei Lauterbach[1]) den animus domini und den abgeleiteten Besitz vorfand. Hören wir ihn.

Zum richtigen Besitz: possessio civilis ratione formae, wie er ihn nennt, gehört der „animus domini“, es ist der Besitz, bei dem Jemand besitzt „tanquam dominus“. So besitzt der Eigenthümer, denn er „detinet animo domini“, so der immissus ex secundo decreto, „detinet enim rem tanquam suam i. e. dominus praetorius“, so auch derjenige, welcher den Eigenthümer dejicirt hat, wenn er es mit der Absicht gethan hat, „ut rem possideat tanquam suam“. Den Besitz ohne animus domini bezeichnet er als „poss. naturalis ratione formae“, er liegt vor, wo Jemand „detinet suo nomine et affectione sibi possidendi citra animum domini propter aliquod jus in re“, und er stellt dahin, außer den vier Fällen, in denen Savigny den abgeleiteten Besitz annimmt (Pfandgläubiger, Emphyteuta, Sequester, Precarist), noch drei (Superficiar, Usufructuar, Vasall).

Damit haben wir die ganze Savigny'sche Theorie. Einmal den animus domini mit demselben Namen und mit derselben Begriffsbestimmung wie bei Savigny: die Sache wirklich oder anmaßlich als die eigene besitzen. Sodann die Aufstellung einer eigenen Kategorie des Besitzes für diejenigen

1) Collegium theoretico-practicum, tom. III, Tit. Pand. 41, 2 § 8—10.

Fälle, in denen das römische (oder moderne) Recht ohne animus domini den Besitzesschutz gewährt, sei es auf Grund der corporis oder juris possessio: die possessio naturalis ratione formae d. i. der abgeleitete Besitz von Savigny.

Der überraschende Fund, den ich bei Lauterbach gethan hatte, veranlaßte mich, weitere literarische Untersuchungen anzustellen, ich mußte aber meiner geschwächten Augen wegen bald davon abstehen, ihnen diejenige Ausdehnung zu geben, die ich mir vorgenommen hatte. Das Einzige, was ich selber noch constatirt habe, ist, daß den Glossatoren Name und Begriff des animus domini unbekannt war. An meiner Statt und auf mein Bitten hat der mir persönlich befreundete Privatdocent an der hiesigen juristischen Fakultät: Herr Assessor Dr. Goldschmidt die Freundlichkeit gehabt, jene Untersuchungen fortzusetzen. Aus den mir von ihm gelieferten reichen Materialien theile ich das von mir daraus entnommene Resultat im Folgenden mit.

Sie ergeben, daß der Name animus domini jedenfalls bis auf Cujacius zurückreicht, der dafür auf die *ψυχὴ δεσπόζοντος* von Theophilus Bezug nimmt, darunter aber nicht die Absicht, sondern die Meinung, Eigenthümer zu sein, versteht (Observ. 9, 23). Gegen die letztere Auffassung ist die Ausführung von Donellus (Comm. V, 6) gerichtet, welcher für seine Ansicht ebenfalls die Autorität von Theophilus heranzieht, dessen Ausdruck aber nicht mit animus domini, sondern mit affectus dominantis, domini wiedergibt. Die heutige Theorie ist hier mit größter Klarheit entwickelt. Es sei nicht nöthig, daß man „opinione domini“, sondern nur, daß man „affectu domini“ besitze. Dazu genüge schon, „ut quis se pro domino gerat, quamvis nulla ex causa aut ex injusta causa rem teneat“. Denjenigen Personen, welche „rem aliquam etiam justa ex causa

tenent, non tamen ut suam, sed ut in aliena versantur", zu denen er außer dem Miether, Pächter, Usufructuar auch den Pfandgläubiger rechnet, fehle dieser animus und damit auch die possessio; eine besondere Kategorie des abgeleiteten Besitzes stellt er nicht auf.

Die letztere scheint über Lauterbach nicht zurückzugehen, und so dürfen wir bis auf weiteres ihn wohl als den Urheber derselben betrachten. Er hat damit kein Glück gemacht, bei den späteren Schriftstellern taucht sie nicht mehr auf, dagegen kehrt der animus domini in den Schriften der Praktiker des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts sehr häufig wieder, aber ohne gleichmäßige Begriffsbestimmung. Der einzige Punkt, in dem alle übereinstimmen, ist der negative, daß dieser animus dem Detentor fehlt, während die Verschiedenheit sich darin äußert, daß die Einen ihn auch beim injustus possessor, die Andern bloß beim justus possessor annehmen. Eine andere Partei, und sie scheint die herrschende gewesen zu sein, stellt den Gegensatz im Besitzwillen lediglich auf den animus sibi und alteri possidendi. Für mich ist das Nähere hier ohne Interesse[1]), ich hatte mein Absehen lediglich darauf gerichtet, mich darüber zu vergewissern, ob der Begriff des animus domini und des abgeleiteten Besitzes von Savigny stamme oder schon vor ihm bekannt war, und letzteres ist durch die obigen Zeugnisse von Donellus und Lauterbach dargethan.

Bei Savigny treten beide Begriffe auf, als ob sie von ihm selbst herrührten. In Bezug auf den animus domini aber ist es ganz undenkbar, daß er sich diesem Glauben hin-

---

1) Juristischen Fakultäten, die in Verlegenheit sind, eine Preisfrage zu stellen, möchte ich die Literaturgeschichte des animus domini und des abgeleiteten Besitzes als Thema anempfehlen.

gegeben hat, denn unmöglich wird er, als er sein Werk schrieb, es unterlassen haben, die Darstellung des Besitzes bei Donellus zu vergleichen, und auch in der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts begegnete er ihm noch auf Schritt und Tritt[1]). Aber auch in Bezug auf den abgeleiteten Besitz fällt es mir schwer, zu glauben, daß ihm, der der Literaturgeschichte des Besitzes die genaueste Sorgfalt zugewandt hatte (S. 5 bis 24), ein Schriftsteller wie Lauterbach, der als einer der mustergültigsten Repräsentanten des juristischen Wissens seiner Zeit bezeichnet werden muß, und der noch zu der Zeit, als Savigny schrieb, in hohem und meines Erachtens verdientem Ansehen stand, entgangen sein sollte, noch ich habe als Student aus Veranlassung der häufigen Erwähnung desselben in dem Lehrbuch meines Lehrers Thibaut denselben oft zur Hand genommen, und, wie ich glaube, nicht ohne Nutzen, ich habe aus ihm mehr gelernt als aus manchen sehr geschätzten Compendien der damaligen Zeit.

Dieser Umstand, daß Savigny seiner Vorgänger gar keine Erwähnung gethan hat, und die unverdiente Vergessenheit, der in Folge des an Savigny's Auftreten sich knüpfenden Aufschwunges unserer Wissenschaft die Literatur der alten Praktiker verfiel, mag es verschuldet haben, daß eine bereits längst aufgestellte Ansicht fortan auf den Namen von Savigny gesetzt ward. Für den enormen Einfluß, den er auf seine und

1) Ayblinger Comm. ad Pand. p. 939 (1747): cum affectu domini . . . habendi ut suam. Heineccius, Elem. jur. § 1288 (1766): detinet animo domini et rem sibi habendi. Berger, Oecon. jur. p. 397 (1771): sine affectione domini. Hofacker, Instit. p. 94 (1773): animo atque affectu domini. Waldeck, Instit. § 238 (1800): rem ut suam possidet. Als sprachliches Curiosum theile ich mit, daß der animus domini in deutschem Gewande als das „Gemüth, solches Ding für sich zu behalten" auftritt, Struben's Jurisprudenz, vermehrt von Flörcken S. 449 (1706).

die nachfolgende Zeit ausübte, ist wohl nichts in dem Maße charakteristisch, als daß die frühere Literatur des Besitzes der Rumpelkammer überwiesen ward. Bei allen den vielen Streitfragen, welche die Gemüther so lebhaft erregt haben, ist man, von einigen minder erheblichen abgesehen, kaum je über Savigny hinausgegangen[1]), es gehört zu den seltenen Ausnahmen, daß man in der Besitzliteratur unseres Jahrhunderts dem Namen eines Juristen aus früherer Zeit begegnet. Kurz Savigny bildet den Markstein, bei dem die moderne Jurisprudenz Halt macht, was jenseits desselben liegt, zieht als etwas einer gänzlich überwundenen, für sie jeglichen Interesses entbehrenden Literaturperiode Angehöriges nicht mehr ihren Blick auf sich. Der darin liegenden Unterlassungssünde muß auch ich mich schuldig bekennen. Ich bin in meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes nur bis auf Savigny zurückgegangen; der Gedanke, mich auch über die Ansichten der früheren Juristen zu orientiren, ist mir damals gar nicht gekommen.

Nur so vermag ich es mir zu erklären, daß sich die irrige Meinung zu bilden vermochte: der animus domini und der abgeleitete Besitz seien Schöpfungen von Savigny. Wer beider gedenkt, nennt nur ihn, wer sie bekämpft, richtet seinen Angriff gegen ihn. Und letzteres ist auch vollkommen gerechtfertigt, denn der bedeutendste Vertreter einer Ansicht oder Richtung muß sich gefallen lassen, daß man ihn in die Schranken ruft. Ersteres ist, wie sich aus dem Bisherigen ergibt, verkehrt. Erblickt man in der Aufstellung des Begriffes des animus domini und der Kategorie des abgeleiteten Besitzes

1) Keine Ausnahme bildet die bekannte Schrift von Bruns: Das Recht des Besitzes im Mittelalter, denn sie hat sich nicht die heutige Dogmatik der Besitzlehre, sondern die geschichtliche Entwicklung des Besitzinstituts im Mittelalter zur Aufgabe gesetzt und diese Aufgabe in mustergültiger Weise gelöst.

ein Verdienst von Savigny, so ist dasselbe durch den erbrachten Nachweis hinfällig geworden, wenn einen Vorwurf, so ist derselbe dadurch erheblich abgeschwächt worden, er reducirt sich dann darauf, daß Savigny seine sonstige Unabhängigkeit von hergebrachten Ansichten hier ausnahmsweise gänzlich verleugnet hat. Wäre er unbeirrt durch eine überkommene Auffassung an die Quellen herangetreten, er würde schwerlich dasjenige in ihnen gefunden haben, was er, in ihrem Bann bestrickt, ihnen angedichtet hat — nirgends hat er sein Auge gegen sie in dem Maße verschlossen, wie bei dieser Gelegenheit.

Dem Streite, den Savigny in unserer Wissenschaft entfesselt hat, im Einzelnen zu folgen, muß ich von mir ablehnen, darüber kann sich Jeder aus andern Werken zur Genüge belehren. Ich beschränke mich darauf, nur im allgemeinen die Stellung zu zeichnen, welche unsere Wissenschaft zu der Theorie von Savigny eingenommen hat.

Den unfruchtbaren Streit über das Dasein oder Nichtdasein des animus domini in den Fällen des abgeleiteten Besitzes übergehe ich gänzlich mit Stillschweigen. Er steht für mich auf einer Linie mit der Frage: ob die Seeschlange auch unter den Tropen und im Polarmeere vorkomme, Eier lege oder lebendige Junge zur Welt bringe. Wer wie ich in dem animus domini nichts als eine wissenschaftliche Seeschlange erblickt, dem kann man nicht zumuthen, seine Feder dazu herzugeben, über die Ansichten, welche über die öden Streitigkeiten, wo er anzunehmen, wo nicht, Bericht zu erstatten.

---

1) Das einzige Lehrbuch des römischen Rechts, das meines Wissens mit ihm bricht, und zwar in sehr energischer Weise, ist das von Dernburg, B. 1, S. 394 (1884): „Der abgeleitete Besitz bildet eine gekünstelte, den Quellen fremde juristische Construction. Nur zu lange hat er die römische Besitzlehre verwickelt und verdunkelt." Ueber die Stellung des Verfassers zum animus domini s. u.

Ueber den abgeleiteten Besitz glaube ich nichts weiter sagen zu sollen, als daß er als unabweisbare Consequenz des animus domini von der herrschenden Lehre [1]) beibehalten ist. Ueber die Frage, welche praktischen Gründe diese angebliche Singularität veranlaßt haben, läßt sie uns ohne Auskunft, sie behilft sich mit der nichtssagenden Wendung: die Römer seien durch historische und praktische Gründe dazu bestimmt worden. Auch das von manchen Seiten [2]) gegen die angebliche Singularität des abgeleiteten Besitzes hervorgehobene Bedenken, daß die römischen Juristen an demselben nicht den mindesten Anstoß nehmen, ihn vielmehr als etwas ganz Normales behandeln, wird in den compendiarischen Darstellungen regelmäßig nicht gewürdigt. Jedenfalls ist die herrschende Lehre der Aufgabe, die sie in Bezug auf den abgeleiteten Besitz zu lösen hatte, nicht nachgekommen.

In Bezug auf die Stellung, welche die Wissenschaft zu dem animus domini eingenommen hat, glaube ich drei Positionen unterscheiden zu sollen.

Die erste: einfache Annahme der Savigny'schen Theorie. Dieselbe charakterisirt sich dadurch, daß ihr Verfasser für den Begriff des animus einfach die positive Autorität des römischen Rechts in Bezug nimmt, ohne den Versuch zu unternehmen, das Erforderniß des animus domini aus inneren Gründen zu rechtfertigen.

1) Der Einzige aus früherer Zeit, der eine rühmliche Ausnahme davon macht, ist K. Pfeifer: Was ist und gilt im römischen Recht der Besitz? Tübingen 1840. Was er S. 72 fl. über den Besitz des Emphyteuta und S. 75 fl. über den des Pfandgläubigers beibringt, ist im Wesentlichen zutreffend. Die herrschende Lehre hat von ihm gar keine Notiz genommen. Aus neuester Zeit ist lediglich Dernburg zu nennen s. u.

2) So wiederum Pfeifer S. 68: „Die Sprache unserer Rechtsquellen ist ganz so, als ob es sich von selbst verstünde, daß der Emphyteuta u. s. w. juristisch besitze". Meischeider, Besitz und Besitzesschutz Heft 1, Berlin 1875, S. 21.

Das ist nun von Anderen geschehen, und damit berühren wir die zweite Position.

Die zweite. Der Gegensatz derselben zu der ersten läßt sich kurz mit den Worten: rationell und positiv bezeichnen. Sie sucht der Gestalt der Sache im römischen Recht eine rationelle d. i. dialektische Substruction zu geben: dieselbe ist ihr zufolge so wenig specifisch römisch, daß sie vielmehr durch die Natur der Sache, das Wesen des Willens, oder welcher Wendungen man sich sonst dabei bedient hat, mit Nothwendigkeit geboten ist. Hätten die Römer sie nicht erkannt, so würde die heutige Rechtswissenschaft es gethan haben. Welche verlockende Kraft diese Vorstellung besitzen muß, erhellt daraus, daß man sie selbst bei einigen Positivisten vom reinsten Wasser findet, die sich in ihrem ganzen Leben auch nicht den geringsten Ansatz zu einer philosophischen Auffassung des Rechts haben zu Schulden kommen lassen, so z. B. bei Schweppe und Göschen. Bei jenem heißt es [1]): gewisse Fälle bringen an und für sich nur Detention mit sich, bei diesem [2]): „an und für sich kann nur derjenige als Besitzer gelten, der mit der Detention die Absicht verbindet, die Sache ausschließlich und nach Willkür zu behandeln". „An und für sich" — man möchte glauben, Hegel zu vernehmen!

Bei Puchta [3]) nimmt die Sache die Gestalt eines Gegensatzes an zwischen der „ursprünglichen Natur des Besitzes" und den „juristischen Modificationen", die derselben Gewalt angethan haben. In dem dialektischen Urschleim, in dem die ganze Welt des Rechts keimartig beschlossen lag, waren Besitz und Detention bereits durch die innere Verschiedenheit

1) Römisches Privatrecht II, § 215.

2) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. I, S. 604.

3) Pandekten, Ueberschriften zu § 123—25, nebst den Vorlesungen dazu, und Cursus der Institutionen § 226.

des Willens geschieden: „die Verschiedenheit des animus macht zwei verschiedene Arten des Besitzes". Wie Kastor und Pollux lagen beide in einem Ei, aber gleich ihnen von innerlich höchst verschiedener Natur. Als sie dann aus dem Ei gekrochen, war es mit ihrer „ursprünglichen Natur" vorbei, da kam der Fluch des Positiven, die Willkür der Welt mit ihren „juristischen Modificationen" und den „Zuthaten zu dem reinen Factum des Besitzes", und der Besitz mußte es sich gefallen lassen, den abgeleiteten Besitz, der seiner ursprünglichen Natur nach nichts als bloße Detention ist, als seines Gleichen behandelt zu sehen. Aber der Einsichtige weiß: „wer eine Sache ohne den animus domini innehat, dessen Wille füllt den Körper des Besitzes nicht aus und gibt ihm daher auch für sich keinen rechtlichen Gehalt".

Bei Bruns[4]) ergreift die Philosophie in eigener Person das Wort, um uns das innere Verständniß des Besitzwillens zu erschließen. Derselbe hat seinem im Uebrigen, was die historischen Untersuchungen anbetrifft, geradezu klassischen Werke ein Kapitel angehängt, das ohne Schaden hätte wegbleiben können, es lautet: Die Philosophie des Besitzrechts. Der Gesichtspunkt, den er an die Spitze stellt, ist die „innere Nothwendigkeit des Besitzes" (S. 468). Seine Untersuchung ist dementsprechend darauf gerichtet, zu ermitteln, „was sie mit sich bringt", und das ist die Verschiedenheit des Besitzwillens und die daraus sich ergebende „natürliche Consequenz", daß nur derjenige besitzt, der den animus domini hat. Als vollständig für sich detinirend und daher als eigentlicher Besitzer kann nur derjenige angesehen werden, welcher animo domini besitzt, es ist un-

4) Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. (1848.) S. 463 fl.

begreiflich, wie man die große Ausdehnung der Emphyteuse zu dem Beweise hat benützen wollen, daß der Emphyteuta für sich besitze (470). Daß, wenn die aus dinglichem Recht Detinirenden nicht einmal als Besitzer für sich angesehen werden können, dieses noch viel weniger bei den aus nur persönlichem Recht Detinirenden der Fall sein könne, versteht sich von selbst. Jene Personen können nicht einmal als unvollständige Besitzer angesehen werden; die entgegengesetzte Auffassung des preußischen Rechts ist zu verwerfen. „Der Natur dieser Rechte zufolge darf das Verhältniß nur so gedacht werden, daß der Fremde an sich und im allgemeinen ganz vollständig (!) für den Eigenthümer besitzt, und die Beziehung der Detention auf ihn selbst nur eine besondere, dem Umfange und Charakter seines Rechts entsprechende Beschränkung des allgemeinen Besitzes des Eigenthümers ist. Es folgt das nothwendig aus der Natur der Rechte an fremder Sache" (S. 471).

Die hier vorgetragene Ansicht ist eine jener wissenschaftlichen Selbsttäuschungen, bei denen man seinen Verstand gefangen nimmt, um sich glauben zu machen, die Sache müsse so sein, wie sie einmal ist. Dieselben gehören meines Erachtens zu den gefährlichsten Verirrungen, denen die Wissenschaft sich hingeben kann. Unternommen in der Absicht, sich von den Banden des Positiven zu befreien, schlingen sie dieselben nur um so fester, indem sie an die Stelle der äußeren Abhängigkeit von der positiven Satzung die ungleich bedenklichere innere des Glaubens an ihre Nothwendigkeit setzen, es ist der Vogel, der durch das Bestreben, sich von der Leimruthe loszumachen, den entgegengesetzten Erfolg herbeiführt. Der reine Positivist, der das Positive als einfache Thatsache entgegennimmt, der er sich zu fügen hat, ohne seine Berechtigung in Frage zu stellen, ist durch dasselbe bloß äußerlich gebunden, sein Urtheil über dasselbe beschränkt sich darauf: es ist einmal so,

aber er weiß: es könnte auch anders sein, und damit bewahrt er sich ihm gegenüber seine innere Freiheit. Aber der Dialektiker, der sich einredet: es muß so sein, gibt seine innere Freiheit preis, das Joch, das er trägt, beruht nicht mehr wie bei jenem auf dem äußeren Zwange, sondern auf dem eigenen freien Willen, und darum ist bei ihm jede Aussicht, daß er es einmal abwerfe, ausgeschlossen, er gleicht dem Sklaven, der innerlich, seiner Gesinnung nach, Sklave geworden ist, der nicht anders weiß, als daß dies seine Bestimmung ist, und dem daher nie der Gedanke kommt, die Ketten zu zerbrechen.

Das also ist die Frucht jener Dialektik, die sich anheischig macht, uns vom Druck des Positiven zu erlösen, daß sie in Wirklichkeit die Ketten nur um so fester schmiedet. Sie spiegelt uns vor, daß das, was da ist, gar nicht anders sein könne, und lullt damit die Kritik ein. Ihre vermeintliche Freiheit vom Positiven ist in Wirklichkeit nichts Anderes als der ärgste Servilismus, der Servilismus des Denkens, das sich zur Aufgabe gestellt hat, das, was da ist, als nothwendig zu erweisen. Trüge das Positive die gerade entgegengesetzte Gestalt an sich, sie würde auch sie als nothwendig deduciren. In Wirklichkeit sind die angeblich von ihr auf dem Wege der Speculation gewonnenen Gedanken zum Zweck der Rechtfertigung des Positiven diesem selber entnommen, ihr vermeintlicher Apriorismus ist in Wahrheit nichts als Aposteriorismus, er erinnert an das Naturrecht des vorigen Jahrhunderts, das unter andern auch die jura in re aliena des römischen Rechts auf die „natürliche Vernunft" zurückführte. Hätte nicht Paulus sich zu der, wie wir seiner Zeit zeigen werden, gänzlich verfehlten Idee verleiten lassen, den Gegensatz von Besitz und Detention mit dem animus in Verbindung zu bringen, ich möchte wissen, ob jemals die Behauptung laut geworden wäre, daß derselbe mit Nothwendigkeit sich aus dem Wesen des Willens ergebe.

Daß der Nimbus der logischen Nothwendigkeit, mit dem diese Ansicht die Subjectivitätstheorie auszustatten versucht hat, eitel Blendwerk ist, soll demnächst (XIV) nachgewiesen werden.

Die dritte Position: Vertauschung des animus domini mit dem animus possidendi, selbstverständlich nicht die des bloßen Namens, sondern der damit verbundenen Vorstellung. Savigny hat geglaubt, den Anhalt, den die römischen Quellen für den animus, sowohl für den Namen wie die Sache versagen, bei Theophilus (2, 9, § 4; 3, 29 § 2) zu finden, der in der Person des Besitzers die ψυχὴ δεσπόζοντος erfordert. Aber ψυχὴ δεσπόζοντος bedeutet nicht animus domini, sondern animus dominantis.[1]) Theophilus gibt damit nur den lateinischen Ausdruck animus possidentis wieder mit besonderer Betonung der äußeren Machtstellung des Besitzers. In meinen Augen ist dies der erheblichste Fortschritt, den die Subjectivitätstheorie in unserm Jahrhundert gemacht hat. Die unnatürliche Zurückführung des Besitzes auf das Eigenthum (XIV) und die Anomalie des abgeleiteten Besitzes ist damit beseitigt.

Einer erheblichen Förderung hat sich die Subjectivitätstheorie durch eine Abhandlung von Mandry[2]) zu erfreuen gehabt. Dieselbe behandelt die Frage, ob dem (ehrlichen) Finder und dem negotiorum gestor Besitz oder Detention zuzuschreiben sei. Nach der herrschenden Lehre würde zweifellos letztere anzunehmen

1) Das Verdienst, in unserer Zeit darauf zuerst hingewiesen zu haben, gebührt meines Wissens Böcking, Pandekten, I, Aufl. 2 (1853), S. 449, 450 Anm., von älteren Juristen hatte bereits Donellus (S. 249) so übersetzt, das Verdienst, die ganze Vorstellung vom animus domini zuerst bekämpft und den darin liegenden Widerspruch aufgedeckt zu haben, gebührt Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, B. 1 (1839), S. 347—353; nahezu gleichzeitig (1840), jedenfalls unabhängig von ihm Pfeifer a. a. O. S. 65.

2) Archiv für civil. Praxis, B. 63, S. 1—26 (1880).

sein, da beide Personen die Absicht haben, die Sache nicht für sich, sondern für den Besitzherrn zu erwerben. Mandry beantwortet die Frage im entgegengesetzten Sinn, und im Resultat treffe ich mit ihm zusammen (XVII), nur daß ich zu demselben vom Standpunkt meiner Theorie aus gelange, er von dem der Subjectivitätstheorie aus. Als ich die ersten Seiten der Abhandlung las, glaubte ich nicht anders, als daß ich hier meiner eigenen Theorie begegnen würde, denn der Gesichtspunkt, den er (S. 2) für seine Ansicht geltend macht, daß bei entgegengesetzter Ansicht die Sache vielleicht Jahre und Jahrzehnte hindurch besitzlos bleiben könne, da dem Besitzherrn, der von der Apprehension durch die Mittelsperson nichts weiß, der Besitz ja nicht zugeschrieben werden darf, dieser Gesichtspunkt „der Unzuträglichkeit des Mangels jeden Besitzesschutzes" oder „der Incongruenz zwischen den Anforderungen der Zweckmäßigkeit und den anscheinenden Resultaten der juristischen Logik" ist kein anderer, als der teleologische, der, wie meine ganze Auffassung des Rechts, so auch die des Besitzinstituts bestimmt, und den ich bei der Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses (XVI) an den einzelnen Verhältnissen durchführen werde. Angesichts der gänzlichen Vernachlässigung desselben von Seiten der herrschenden Theorie, von der nur Pfeifer (S. 254) bisher eine rühmliche Ausnahme gemacht hatte, kann ich die Hervorhebung desselben durch Mandry, wenn er sich dabei auch lediglich auf die in Frage stehenden Verhältnisse beschränkt hat, nur als einen höchst verdienstlichen Fortschritt zum Bessern bezeichnen, es hat mich angemuthet wie ein frischer gesunder Lufthauch in der beklemmenden Stickluft der Logik. Hätte der Verfasser die Bahn, die er hier eingeschlagen hat, weiter fortgesetzt, er wäre mit Nothwendigkeit zu meiner Theorie gelangt und hätte die ganze Willenstheorie aus den Angeln gehoben.

Das hat er nicht gethan. Er hält sie aufrecht, aber die ihm aufliegende Nöthigung, die von ihm für die beiden obigen Fälle getroffene Entscheidung mit ihr zu vereinigen, gibt ihm Anlaß, die Verträglichkeit des Besitzwillens mit der Absicht, die Sache für einen Andern innezuhaben, darzuthun. Auch hier berührt er sich wieder mit einem Gedanken von mir, nur daß ich mich desselben bediene, um die Willenstheorie zu widerlegen (XV), er, um sie zu stützen. Auch dieser Gedanke von ihm ist abermals ein sehr gesunder, auch er bezeichnet einen entschiedenen Fortschritt innerhalb der Subjectivitätstheorie, und wer dieselbe fortan aufrecht erhalten will, wird wohlthun, sich diese werthvolle Verbesserung des Begriffs des Besitzwillens anzueignen.

Im Uebrigen kann ich auf die genannte Abhandlung nicht weiter eingehen, es genügt mir, zu constatiren, daß der Verfasser sich von der Subjectivitätstheorie noch nicht frei gemacht hat. Ich thue es, indem ich den folgenden Satz abdrucken lasse, es ist einer der Schlußsätze, in welche derselbe die Resultate seiner Ausführung zusammenfaßt (S. 26). „Wird der Besitzwille (animus possidendi) im Gegensatz zum Detentionswillen gedacht, so begründet den Unterschied nur die Absicht, sich selbst zum juristischen Besitzer zu machen.“ Die Objectivitätstheorie kennt keinen Gegensatz von Besitz- und Detentionswillen, sie kennt nur den Besitzwillen in dem früher (III) von mir entwickelten allgemeinen Sinn, der Eintritt der Detention beruht ihr zufolge stets und ohne alle Ausnahme, ebensowohl im relativen, wie im absoluten Detentionsverhältniß, lediglich auf der Rechtsvorschrift, welche dem vollständig vorliegenden Thatbestande des Besitzes ausnahmsweise die sonst daran geknüpfte Wirkung entzieht.

Nach Mandry hat noch Dernburg in zwei jüngst ver-

öffentlichten [1]) Schriften sich über den Besitzwillen vernehmen lassen. Ich glaubte anfänglich in ihnen eine Annäherung an meine Theorie gefunden zu haben, und nach einer Seite hin ist dies in der That der Fall, nämlich in Bezug auf die Heranziehung des teleologischen Gesichtspunktes zur Erklärung der Detention des Pächters und Miethers (B. 69) sowie des Besitzes des Ersatzmannes (P. 409)[2]). Im Uebrigen dagegen steht Dernburg noch auf dem Boden der Subjectivitätstheorie. Was mich anfänglich irre machte, war der Umstand, daß bei ihm neben dem animus auch die causa possessionis in Scene tritt (B. 67 Note 2, P. 406). Aber die Bedeutung, welche Dernburg ihr einräumt, ist nicht die eines die Gestaltung der ganzen Besitzlehre beherrschenden Princips, sondern die eines Beweismoments zur Feststellung des Besitzwillens im einzelnen Fall.[3]) Der Besitzwille, heißt es (P. 406) „ist aus der Sachlage zu schließen, er ergibt sich namentlich aus dem Grunde — der causa —, aus welchem man Besitz ergreift". An der Lehre von der Zwiespältigkeit des Besitzwillens hält auch er fest, und das ist der entscheidende Punkt, welcher meine Theorie zu der herrschenden in Gegensatz stellt. „Allen Arten des juristischen Besitzes, sagt er, ist gemeinsam der animus possidendi d. i. die Sache für sich ausschließlich thatsächlich zu beherrschen" (P. 392), und bei Gelegenheit des Eigenthumsbesitzes (daselbst 394) figurirt noch der animus domini, dem er im Uebrigen aber die Geltung, welche Savigny ihm

---

1) Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts (1883) und Pandekten B. 1 § 172—174, 179 (1884). Ich citire sie im Folgenden kurz mit B. u. P.

2) Ich verschiebe diesen Punkt, der hier kein weiteres Interesse für uns hat, auf die Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses (XVI).

3) Dieselbe, der wir oben (S. 179) bereits bei Baron begegnet sind.

zuerkennt, versagt, wodurch denn auch seine Stellungnahme zum abgeleiteten Besitz bezeichnet ist, über den er das bereits oben (S. 253 Note 1) mitgetheilte vollkommen zutreffende Urtheil fällt.

Auch die übrigen Besitzer (Prekarist, Emphyteuta, Superficiar, Pfandgläubiger, Sequester, Finder) haben den animus possidendi. „Der begriffliche Unterschied dieser verschiedenen Arten des Besitzes kann damit aber nicht verwischt werden, weil er in der Natur der Sache liegt und deßhalb gänzlich unabhängig von dem Umstande ist, ob ihn die Römer betonten oder hervorhoben" (B. 67). Also innerhalb des juristischen Besitzes verschiedene Arten des Besitzes, und zwar hervorgerufen durch eine Verschiedenartigkeit des Besitzwillens, die in der Natur der Sache gelegen ist.

Charakterisirt sich der juristische Besitz durch den Willen, für sich zu besitzen, so die Detention „als Innehabung der Sache für einen Andern — das alieno nomine possidere. Der Vertreter hat Detention, weil er für den Vertretenen besitzen will" (P. 396).

Eines weiteren Beweises wird es nicht bedürfen, um zu zeigen, daß Dernburg sich von der Idee des bestimmenden Einflusses des Besitzwillens auf die Gestaltung des Besitzinstituts noch nicht frei gemacht hat.

Nach dem Erscheinen der ersten Schrift glaubte ich annehmen zu dürfen, daß er wenigstens von derjenigen Gestaltung derselben, die ich an früherer Stelle als individuelle Willenstheorie bezeichnet, und deren vollendete Unhaltbarkeit ich oben (S. 163 fl. u. S. 202 fl.) dargethan habe, sich losgesagt habe. Hier fand ich (B. 67 Note 2) die Bemerkung: „ob der animus possidendi bestehe, wurde von den Römern nicht subjectiv im einzelnen Fall nach der besonderen Auffassung des betreffenden Besitzers untersucht, damit wäre man

ins Bodenlose verfallen, man beurtheilte es vorzugsweise nach der causa possessionis. Wer freilich auch ohne jeden Scheinvorwand (?) in den Besitz gelangte, als Räuber und Dieb, hatte Besitz bloß nach seinem animus, ohne daß man von einer causa sprechen konnte." Auf die Wunderlichkeit des praktischen Resultats, das sich daraus ergeben würde, daß nämlich die ehrlichen Leute eine causa angeben und, wenn bestritten, beweisen müßten, während Diebe und Räuber bloß mit ihrem animus auskommen, darauf habe ich schon oben (S. 66) hingewiesen. In der Aeußerung, daß der animus possidendi nicht im individuellen Fall ermittelt zu werden brauche, und der energischen Zurückweisung der entgegengesetzten Ansicht glaubte ich nicht anders als eine vollständige Lossagung Dernburgs von der individuellen Willenstheorie erblicken zu können, und ich freute mich über den richtigen praktischen Blick und gesunden Sinn, der sich darin aussprach.

Die zweite Schrift sollte mich belehren, daß ich mich darin getäuscht hatte, die individuelle Willenstheorie hat sich um den Laufpaß, den er ihr in der ersten gegeben, wenig gekümmert, in der zweiten stellt sie sich wieder ein. Ein Mal bei Gelegenheit des Constitutum possessorium (P. 412). Die causa, heißt es hier, ist nicht erforderlich, die einfache Erklärung des Veräußerers, er wolle fortan für den Mitcontrahenten besitzen, hat dieselbe Bedeutung. Also der rein individuelle Besitzwille kann dem Besitzverhältniß eine andere Gestalt verleihen, das heißt doch in Wirklichkeit nichts Anderes, als: es gilt immer noch die individuelle Willenstheorie. Das zweite Mal taucht sie auf bei dem Besitzerwerb durch Stellvertreter (P. 410) in Gestalt des Erfordernisses, daß der Stellvertreter die Absicht haben müsse, dem Principal den Besitz zu erwerben. Nach der abstracten Willenstheorie kommt auf diese Absicht gar nichts an, bringt das Verhältniß den

Erwerb des Besitzes für den Principal mit sich (S. 16, 202), so mag der Stellvertreter die entgegengesetzte Absicht haben und vor Zeugen erklären, die causa thut ihre Schuldigkeit, der abweichende Wille ist machtlos. Nach Dernburg kann der Stellvertreter durch die Erklärung, den Besitz der Sache für sich oder einen Dritten erwerben zu wollen, den von dem Tradenten beabsichtigten Uebergang von Besitz und Eigenthum auf den Principal verhindern, ihm zufolge dürfte eine Eisenbahnbehörde, der ein Dienstmann mit der Erklärung, daß er für sich Besitz erwerben wolle, den Frachtbrief präsentirt, das Frachtstück nicht verabfolgen, da sie wegen Auslieferung des Gutes an den Unrechten haften würde — ich denke, sie wird sich um eine solche Erklärung wenig kümmern.

Ich kann meine Besprechung der beiden Schriften des genannten Verfassers nicht abschließen, ohne zweier historischer Ansichten von ihm zu gedenken, die ich beide für ebenso verfehlt halte, wie die früher (S. 124, Note 1) beleuchtete.

Nach der einen (B. 67, Note 2, P. 406, Note 1) „bestimmte sich in früherer Zeit die Frage, ob Jemand besitze, nach der causa possessionis, d. h. dem Grund, welcher zum Erwerb der thatsächlichen Herrschaft führte. Später nahm man an, der animus possidendi sei zum Erwerb des Besitzes erforderlich.“ Ich hoffe, demnächst (XV) darthun zu können, daß sich in diesem Punkt in späterer Zeit auch nicht das Mindeste geändert hat, praktisch gibt auch hier die causa nach wie vor allein den Ausschlag, ohne daß der abweichende animus in Betracht kommt; welche Bewandtniß es mit dem animus possidentis des Paulus hat, werden wir in der nächsten Nummer (XIII) zeigen.

Nach der zweiten (P. 392 Note 1) soll die Unterscheidung zwischen Besitz und Detention „erst der Kaiserzeit angehören. Quintus Mucius Scävola aus der letzten Zeit

der Republik kannte sie entweder noch nicht, oder erachtete sie wenigstens nicht als maßgebend". Dafür wird die l. 3 § 23 h. t. in Bezug genommen, in der Paulus die Ansicht des genannten Juristen, welcher das Besitzverhältniß des immissus in possessionem unter den Gesichtspunkt des Besitzes hatte bringen wollen, in sehr schnöder Weise („ineptissimum est") zurückweist. Der Tadel, den er seinem großen Vorgänger angedeihen läßt, gehört zu den vielen unüberlegten, leichtfertigen Aeußerungen, von denen ich im Folgenden (XIII) ausreichende Probestücke vorlegen werde, und fällt im verstärkten Maße auf ihn selber zurück. Vom Standpunkt des praktischen Juristen, der die Frage vom Dasein des Besitzes nach dem Schutz desselben beurtheilte, ließ sich für den Besitz des immissus der Umstand geltend machen, daß derselbe mit possessorischem Schutz verbunden war [1]). Wenn die spätere Jurisprudenz sich für das Gegentheil entschied, so mochte sie dazu durch gewichtige, durch die Rücksicht auf den harmonischen Aufbau der Besitzlehre gegebenen Gründe geleitet sein, aber in meinen Augen enthält es nur einen Beweis für die außerordentliche doctrinäre Befangenheit des Paulus, wenn er eine Ansicht, die vom früheren Standpunkt der Lehre aus als vollkommen berechtigte erscheint, mit solcher Wegwerfung behandeln konnte.

Für die uns hier allein interessirende Frage: kannte Quintus Mucius bereits den Gegensatz von Besitz und Detention? kommt dies nicht in Betracht. Daß nun daraus, daß er beim immissus Besitz annahm, sich der Schluß, den Dernburg daraus zieht, nicht ergibt, wird nicht des Nachweises bedürfen. Folgt denn daraus, daß Jemand ein Ding unter eine falsche Kategorie bringt, daß er die richtige nicht

---

1) Lenel, Das Edictum perpetuum S. 341, 364.

gekannt hat? Wenn man nichts weiter weiß, wird man nur sagen können: möglich, daß er sie nicht gekannt, möglich aber auch, daß er sie nicht für anwendbar gehalten hat. Daß im obigen Fall die letztere Alternative zutrifft, glaube ich durch meine früheren Ausführungen über die geschichtliche Entwicklung des Detentionsbegriffs (VIII) über allen Zweifel erhoben zu haben, die Bekanntschaft mit dem Gegensatz von Besitz und Detention ist in Rom so alt wie das juristische Denken. In dem Munde des genannten Gelehrten hat mich jene Ansicht um so mehr befremdet, als sie zu derjenigen, welche er über das sociale und wirthschaftliche Motiv der Detention uud Miethe vorträgt (B. 69), sehr wenig stimmt. Haben denn die Gründe, welche er hier anführt: „weil Pächter und Miether durchschnittlich den ärmeren Klassen angehörten, weil die Vermiether und Verpächter nur dann Ordnung halten zu können vermeinten, wenn Miether und Pächter in absoluter Abhängigkeit blieben, weil das römische Recht durch die Interessen der reicheren Klassen vorzugsweise bestimmt worden", erst im Anfang der Kaiserzeit Geltung erhalten? Die alte Zeit war sicherlich ebenso gut im Stande, das Gewicht derselben zu würdigen, wie die Kaiserzeit, und schwerlich wird man viele Jahrhunderte gewartet haben, um dasjenige zu thun, was sie mit sich brachten, um so weniger, da die von Dernburg hervorgehobene Tendenz des Rechts, die Interessen der reicheren Klassen zu fördern, in weit höherem Grade für die ältere als die spätere Zeit zutrifft [1]). In wie ungezwungener Weise sich die Uebertragung des Detentionsverhältnisses von Kindern und Sklaven auf Pächter und Miether in Rom vermitteln ließ, glaube ich an der oben berührten Stelle dargethan zu haben.

---

1) Von mir nachgewiesen in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz S. 175–232.

Meine Uebersicht über die literargeschichtliche Entwicklung des Besitzwillens schließt mit dem Ergebniß ab: das Dogma von der Zwiespältigkeit des Besitzwillens und des dadurch bestimmten Gegensatzes von Besitz und Detention ist bisher, von der Glossatorenzeit an bis auf die Gegenwart hinab, von Niemandem in Frage gestellt worden, es gilt für eine der ausgemachtesten Wahrheiten des römischen Rechts, und ein so lebhafter Streit auch über die richtige Formulirung des Besitzwillens entbrannt ist, die Gegensätzlichkeit desselben zum Detentionswillen ist meines Wissens noch von Niemandem in Zweifel gezogen worden, sie figurirt bis auf den heutigen Tag in allen unsern Lehrbüchern als einer der Fundamentalsätze der römischen Besitzeslehre [1]).

Und doch ist diese Lehre grundfalsch, das römische Recht kennt in Wirklichkeit nur einen Besitzwillen, die Verschiedenheit von Besitz und Detention kommt nicht auf Rechnung der Verschiedenartigkeit des Besitzwillens, sondern der rechtlichen Satzung, welche dem Thatbestande des Besitzes in gewissen Verhältnissen seine sonstige Wirksamkeit versagt hat.

Wie hat diese falsche Lehre sich bilden können?

Darauf soll die folgende Ausführung die Antwort ertheilen.

---

1) Arndts § 135, Baron § 112, Böcking § 123 Anm. 22, Brinz (Aufl. 2) § 135, Dernburg (s. o.), Keller § 115, Kierulff S. 343 Anm., Puchta § 123, Seuffert § 105, Sintenis § 42, Wächter § 122, Windscheid § 148, 149. Die Compendien aus früherer Zeit sind schon früher (XI) genannt.

XIII.

Der animus possidentis des Paulus.

Die Aufgabe, der diese und die folgende Nummer bestimmt sind, ist seiner Zeit (S. 86, 88) kurz von mir als die innere Probe der Subjectivitätstheorie bezeichnet. Sie hat zum Zweck, letztere bei dem in Nr. VI geschilderten Aufbau ihrer Lehre zu begleiten, zu prüfen, ob der Grund und Boden, auf dem sie ihn errichtet, ein sicherer, das Material, das sie zu ihm verwandt hat, ein solides ist.

Die Ergebnisse der Proben, welche wir bisher mit ihr vorgenommen haben: die historische (VII, VIII), processualische (IX), legislativpolitische (X) und didaktische (XI) machen dies schon von vornherein, um das Mindeste zu sagen, im höchsten Grade zweifelhaft und nöthigen zu der Annahme, daß bei dem Bau irgendwo ein Fehler begangen sein muß. Bei einem Gebäude, das sich, nachdem es fertig geworden, als unbewohnbar erweist, muß irgend etwas nicht in Ordnung sein, sei es das Fundament, sei es das Material, sei es die Construction oder vielleicht alles zusammen. Es soll unsere Aufgabe sein, den Fehler zu entdecken.

Wir fassen zuerst das Fundament ins Auge. Der zweifelhafte Ruhm, dasselbe gestellt zu haben, entfällt auf Paulus, der in zwei Stellen: der l. 1 § 20 h. t. und der l. 37 de pign. act. (13, 7) den animus possidentis als Erforderniß des Be-

sitzes aufstellt und wegen Mangels desselben dort dem Stellvertreter, hier dem Pächter den Besitz abspricht. Hätten die Compilatoren der Pandekten es mit beiden Stellen ebenso gemacht wie die der Basiliken (25, 1, 36; 50, 2, 1), welche einfach den Rechtssatz mittheilen: Stellvertreter und Pächter erhalten Detention, ohne den Grund des Paulus: quia (procurator, tutor, curator) non habeat animum possidentis — quia conducenti non sit animus possessionem apiscendi mitzutheilen, die Subjectivitätstheorie würde niemals das Licht der Welt erblickt haben, denn im Uebrigen wird der animus possidendi, wohl bemerkt in dem Sinn von Paulus, in unseren Quellen nirgends sichtbar, ich meinerseits habe auch nicht die leiseste Spur von ihm zu entdecken vermocht. Ob die Nichtaufnahme desselben in die Basiliken in dem richtigen Gefühl ihrer Verfasser ihren Grund hatte, daß sie es nur mit einer rein individuellen, mit der Theorie der übrigen römischen Juristen nicht vereinbaren Ansicht des Paulus zu thun hätten, und ob bereits die damalige Zeit abschreckende Erfahrungen mit dem animus possidentis gemacht, oder ob die Praxis von ihm gar keine Notiz genommen hatte, lasse ich dahin gestellt, jedenfalls glaube ich die meines Wissens bisher noch nicht beachtete Thatsache hervorheben zu sollen, daß die Verfasser der Basiliken den animus possidentis des Paulus nicht der Aufnahme gewürdigt haben.

Also eine individuelle Ansicht von Paulus. Das ist die erste These, die ich über den animus possidentis aufstelle, und zu der die Vertheidiger der Subjectivitätstheorie Stellung zu nehmen haben werden. Ich muß abwarten, ob ihnen gelingt, was mir nicht gelungen, bei andern Juristen sichere[1]) Spuren des animus possidentis zu entdecken.

---

1) Als solche kann ich die l. 28 h. t. von Tertullian: possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus nicht ansehen.

Die zweite und entscheidende lautet: Der animus possidentis des Paulus hat nicht die Bedeutung eines Rechtsprincips, sondern eines constructiven Gesichtspunktes. Der Fehler, den die Subjectivitätstheorie begangen, und der alles andere nach sich gezogen hat, besteht darin, daß sie beides mit einander verwechselt und dem lediglich constructiven Gesichtspunkt dogmatische Wahrheit eingeräumt hat.

Die Begründung dieser meiner zweiten These, wenn sie, wie ich wünsche, auf den Leser eine völlig überzeugende Kraft ausüben soll, erfordert die Aufbietung eines ansehnlichen Apparats, den er mir in diesem Interesse zu gute halten muß. Sie nöthigt mich, über die Frage, die uns unmittelbar interessirt, weit hinauszugehen und Dinge allgemeiner Art in den Kreis meiner Betrachtung zu ziehen: die konstructive Thätigkeit der römischen Juristen und den wissenschaftlichen Charakter des Paulus.

Treten wir den beiden Stellen des Paulus näher.

Wer sich ausschließlich an sie hält, kann dem Schluß, den die Subjectivitätstheorie ihnen entnommen hat, gar nicht ausweichen. Haben Stellvertreter und Pächter darum keinen Besitz, weil ihnen der animus possidentis fehlt, so ist damit ausgesagt, daß es zum Besitz dieses animus bedarf. Vom Standpunkt jener beiden Stellen aus ist die Subjectivitätstheorie völlig unanfechtbar.

Aber jene beiden Stellen sind nicht die einzigen, welche sich über die Frage vernehmen lassen, unsere Quellen bieten noch eine Menge anderer dar, die, weit entfernt, die Behauptung des Paulus zu unterstützen, ihr schnurstracks widersprechen (XV), und das Bedeutsame derselben besteht darin, daß sie Entscheidungen concreter Rechtsfälle enthalten. Selbst wenn der Ausspruch des Paulus die Form eines ao-

stracten Rechtssatzes an sich trüge, so würde er dennoch als eine verfehlte juristische Abstraction eines einzelnen Juristen gegenüber dem Recht, wie es in der Praxis in Rom gehandhabt ward, keine Geltung beanspruchen können, und Paulus selber würde uns mit seinem bekannten Ausspruch in l. 1 de R. J. (50, 17) über das Verhältniß theoretischer Abstractionen (regula juris) zu dem thatsächlich geltenden Recht: non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat die Waffen in die Hand geben, um ihn zurückzuschlagen. Paulus wäre seiner eigenen Anweisung, die er hier ertheilt, untreu geworden, wenn er den Rechtssatz hätte aufstellen wollen: über Besitz und Detention entscheidet die entsprechende Gestaltung des Besitzwillens, denn dieser Satz war nicht dem jus quod est entnommen.

Wenn aber Paulus keinen Rechtssatz auszusprechen beabsichtigte, was dann? Die beiden Stellen lassen uns darüber nicht im Zweifel. Der Gesichtspunkt, den er aufstellte, hatte keinen weiteren Zweck, als den Satz des positiven Rechts, daß Stellvertreter und Pächter nur Detention erhalten, rationell zu rechtfertigen, nämlich aus dem eigenthümlichen Besitzwillen dieser Personen abzuleiten, kurz ausgedrückt, er war ein juristischer Constructionsversuch, wir haben uns mithin zu ihm nicht anders zu verhalten, wie zu allen Constructionsversuchen der römischen Juristen — decken sie sich mit dem positiven Recht, so nehmen wir sie an, wo nicht, so weisen wir sie als verfehlt zurück. Aber auch wo sie sich mit demselben decken, dürfen wir ihnen keine weitere Geltung zugestehen, als sie selber beanspruchen: eine rein formal-technische, sie sind nichts als Denkformen für die juristische Vorstellung oder Anschauung, welche eine einzelne Erscheinung, die ohne sie als positivrechtliche Thatsache einfach registrirt werden müßte, dem juristischen Denken dadurch zugänglich und

verständlich zu machen suchen, daß sie dieselben in das logische Gefüge des Rechts, wie ich es einmal nennen will, einreihen. Aber eine reale Bedeutung kommt diesen Constructionen nicht zu, die bloße logische Form kann oder richtiger soll nicht einen Inhalt aus sich entlassen, der dem Recht selber fremd ist, die Constructionen haben nur formale, technische, keine reale, materiell-rechtliche Bedeutung.

Damit berühre ich den springenden Punkt der ganzen Lehre vom animus domini, es ist die schon oben betonte Vertauschung der lediglich structuellen Bedeutung des von Paulus aufgestellten Gesichtspunktes mit der dogmatischen, praktischen Geltung desselben. Sie begegnet uns nicht bloß hier, wir haben schon oben (S. 211) ein anderes Beispiel dafür kennen lernen, ebenfalls aus der Besitzeslehre: es war die dogmatische Verwendung, welche manche heutigen Juristen von dem dort genannten rein structuellen Gesichtspunkt des Celsus für das Constitutum possessorium gemacht haben. Wohin würde es führen, wenn wir die nicht selten gänzlich mißlungenen Constructionsversuche der römischen Juristen praktisch verwerthen wollten! So hoch ich im Uebrigen die römischen Juristen stelle, so wenig kann ich doch mit dem Urtheil zurückhalten, daß ihre Constructionsversuche mitunter geradezu an das Abgeschmackte gränzen.

Da soll die usucapio libertatis von der servitus ne prospectui officiatur nicht durch einen Baum begründet werden, quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quem ad modum paries, propter motum naturalem arboris (l. 7 de S. P. U. 8. 2), während doch der wahre Grund darin lag, daß die Aufführung einer Wand oder Mauer einen Protest des Pflichtigen gegen die Servitut enthält, — der Baum aber protestirt nicht. Mit dem Verlust der Servituten verhält es sich nicht anders als mit dem Erwerb, beide haben Einrich-

tungen oder Handlungen zur Voraussetzung, welche die Prätension der Freiheit von der Servitut oder der Zuständigkeit derselben in sich schließen und dem Gegner kund geben. Rein thatsächliche Zustände z. B. das Rinnen des Wassers aus schadhaften Röhren, das Hinüberragen der Baumzweige, das Hinüberlaufen meiner Gänse, Enten, Hühner auf das benachbarte Grundstück begründen, auch wenn sie noch so lange gedauert haben, keine Servitut.

Da soll der Specificant Eigenthum erwerben, weil die neue Sache res nullius ist (l. 7 § 7 de A. R. D. 41. 1), also durch Occupation, was zur Folge haben würde, daß dem Diebe, der in Bezug auf die Aneignung der im letzten Stadium des Specificationsprocesses befindlichen Sache dem Specifikanten zuvor käme, das Eigenthum zufallen würde.

Einen ganz hervorragenden Platz nimmt in Bezug auf derartige mißlungene Constructionsversuche Paulus ein, und da es mir darauf ankommt, den Leser in Stand zu setzen, sich über ihn ein Urtheil zu bilden, so theile ich einige zur Probe mit.

Das Bild, das sie uns von ihm vorführen, ist das, ich kann es nicht anders ausdrücken: eines wüsten Fanatikers im Construiren. In seinem blinden Feuereifer läßt er sich zu Deutungen hinreißen, bei denen man fragen möchte, ob er noch recht bei Sinnen gewesen sei. Ein äußerst hartes, vielleicht noch niemals über einen römischen Juristen gefälltes Urtheil! Ich hätte es milder fassen können und würde dadurch den schweren Anstoß vermieden haben, auf den ich gefaßt sein muß, aber ich habe es absichtlich so schroff gefaßt, um den hergebrachten Glauben an die Autorität der römischen Juristen, eine Gläubigkeit, die nahezu alles, was aus ihren Händen gekommen ist, auf eine und dieselbe Linie stellt und unserer heutigen Jurisprudenz so verderblich geworden ist, gründlich zu erschüttern. Ich will scharfe Kritik üben an Paulus. Ist sie unbegründet, so fällt sie mit ver-

doppelter Stärke auf mich zurück, ist sie begründet, so wird sie uns die Augen öffnen, um seinen animus possidentis im richtigen Licht zu erblicken.

Ich entnehme sämmtliche Bespiele der Lehre vom Besitz. Sie scheint seine Lieblingsmaterie, das Gebiet gewesen zu sein, auf dem er sich zum Reformator berufen hielt. Um Paulus von den übrigen Juristen durch den Gegensatz um so besser abzuheben, werde ich jedem seiner Constructionsversuche die Aeußerung eines anderen Juristen über dasselbe Verhältniß entgegensetzen.

Bekanntlich hatte die lex Scribonia die Ersitzung der Servituten aufgehoben. Es war eine rein positive Bestimmung, die nur durch die Erfahrungen, welche man in Bezug auf die praktische Gefährlichkeit der Servitutenersitzung gemacht hatte, veranlaßt worden sein kann, an der mithin die juristische Construction nicht den mindesten Antheil hatte. Wollte Paulus einen Grund dafür angeben, so hätte er diesen praktischen Grund namhaft machen müssen. Was thut er? In l. 14 pr. de serv. (8. 1) construirt er die Ersitzung als juristisch unmöglich, ohne sich daran zu stoßen, daß das angeblich Unmögliche früher wirklich gewesen war. Warum unmöglich? Quia tales sunt servitutes (praediorum rusticorum), ut non habeant certam continuamque possessionem, nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Daß diesem Gesichtspunkt zufolge auch der Besitz an abwesenden Grundstücken unmöglich sein würde, bei denen der Besitzer auch nicht tam perpetuo, tam continenter ire (arare, serere u. s. w.) potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur — der Gedanke ist ihm gar nicht gekommen! Und wie verhält es sich mit den servitutes praediorum urbanorum? Hier liegt ja die unausgesetzte Ausübung derselben: die „continua

possessio" offen vor. Paulus fühlt dies und hilft sich mit der Bemerkung: idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur, d. h. er gesteht ein, daß der von ihm aufgestellte Gesichtspunkt allerdings hier nicht zutreffe, praktisch es sich aber dennoch nicht anders verhalte. Also die offene Banquerotterklärung! Wäre der Gesichtspunkt von Paulus der richtige gewesen, so hätte die Ersitzung bei Urbanalservituten Platz greifen müssen, war sie bei ihnen ausgeschlossen, so war damit dargethan, daß es nicht der richtige war. Wir haben hier das erbauliche Beispiel vor uns, daß der Nachsatz den Vordersatz widerlegt. Wenn ein heutiger Jurist sich ein solches Probestück vollendeter Gedankenlosigkeit zu Schulden kommen ließ, er würde Spott und Hohn erndten, und mit vollem Recht. Steht die Sache anders, wenn eine solche Deduction aus dem Munde eines römischen Juristen kommt?

Zum Vergleich mit Paulus ziehe ich den Ausspruch von Ulpian in l. 10 § 1 de usurp. (41. 3) heran. Auch er geht nicht auf den legislativen Grund der Sache ein, was ja die römischen Juristen überhaupt nur selten thun[1]), aber er zeichnet das Verhältniß vollkommen richtig, indem er sagt: hoc jure utimur, d. h. es handelt sich hier um eine positive Bestimmung, die einmal so ist, von der er aber damit zugesteht, daß sie auch anders sein könnte, während Paulus dies für unmöglich erklärt.

In l. 31 § 3 de usurp. (41, 3) berührt Paulus die Fortdauer des Besitzes bei ausbrechendem Wahnsinn des Stellvertreters. Vom Standpunkt der Besitztheorie aus war dies

---

1) Vereinzelte Beispiele dafür: die bekannte Aeußerung über den Zweck der Usucapion in l. 1 de usuc. (41. 3), über die Bestimmung der Stipulation für die eigenen Interessen der Stipulanten l. 37 § 17 de V. O. (45. 1), die Fortdauer des Besitzes bei ausbrechendem Wahnsinn l. 44 § 6 de usurp. (41. 3), die Verkehrsfunction des Geldes l. 1 pr. de C. E. (18. 1).

zweifellos eine Singularität, und Papinian erkennt sie in l. 44 § 6 ibid. offen als solche an und gibt dafür den treffenden Grund an: ne languor animi damnum etiam in bonis afferat. Was thut Paulus? Auch hier wie in dem obigen Fall sucht er die rein positive Bestimmung als begrifflich nothwendig zu construiren. Man traut seinen Augen kaum, wenn man seine Begründung liest. Wenn die Stellvertreter schlafen, sagt er, geht der Besitz nicht verloren, folglich auch nicht — — wenn sie wahnsinnig werden! Es ist das Loos der Spitzfindigkeit, beim Ueberschreiten eines gewissen Punktes ins Absurde zu verfallen, es gilt von ihr dasselbe, was von dem Uebergang des Erhabenen ins Lächerliche.

Zum Besitzerwerb durch Mittelspersonen: freie oder unfreie, lehrt die römische Jurisprudenz und Paulus selber (Sent. Rec. V, 2, 1), gehört der Wille in der Person des Vertretenen. Wie verträgt sich damit der Pekuliarbesitzerwerb der Sklaven ohne Wissen des Herrn? Die Antwort von Papinian in l. 44 § 1 h. t. lautet: utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta causas et species peculiorum inquirere. Vollkommen richtig, da es hier an der scientia domini fehlt. Paulus sucht auch hier wiederum die Singularität aus dem Wege zu räumen. Wir brauchen, sagt er, daran keinen Anstoß zu nehmen (nec movere nos debet, quod . . etiam ignorantes possidemus, quas servi peculiariter paraverunt), der Sklave vertritt den Herrn wie im corpus so auch im animus (videmur eas eorumdem et animo et corpore possidere). Aber wenn eine Vertretung im Besitzwillen durch den Sklaven möglich ist, warum nicht auch durch den Freien? Paulus begeht hier denselben Fehler, wie im obigen Fall bei den Prädialservituten, er operirt mit einem Gesichtspunkt, der, wenn er wahr wäre, nicht bloß bei dem Verhältniß, für das er ihn heranzieht,

sondern schlechthin Geltung haben müßte. In l. 1 § 5 h. t. referirt er die Ansicht früherer Juristen, welche die Singularität dadurch hatten aus dem Wege räumen wollen: quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus, ohne dazu Stellung zu nehmen. Auch sie war verfehlt, denn mit dem Tode des Hausherrn ist es mit der „nostra voluntas" vorbei, und doch ändert dies nichts an dem Pekuliarbesitz, derselbe dauert fort und wird neu erworben auch ohne Willensfähigkeit in der Person des Herrn (hereditas jacens, infans, furiosus, l. 1 § 5 cit.). Papinian hatte das Richtige getroffen: es war eine Singularität, die in den Verhältnissen des römischen Hauses ihren Grund hatte und über sie nicht hinausreichte.

Wie geht es zu, daß man durch freie Personen Besitz erwerben kann? Darauf antwortet Paulus in den Sententiae receptae (V, 2, 2): es ist eine Singularität, per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est, in l. 1 § 20 h. t.: es ist keine Singularität, es läßt sich rationell als nothwendig deduciren. Ich spare mir die Kritik dieses letzteren Constructionsversuchs von Paulus bis zuletzt auf, hier genügte es mir, ihn einfach der Zahl der obigen eingereiht zu haben.

Die im Bisherigen gegebene Blumenlese aus den Constructionsversuchen der römischen Juristen, insbesondere des Paulus, wird mein obiges Urtheil über sie gerechtfertigt und damit zugleich dargethan haben, wie sehr wir fehl greifen würden, wenn wir ihnen einen weiteren als rein formal technischen Werth zugestehen wollten. Die römischen Juristen sind, so weit ich zu beurtheilen vermag, dieser Gefahr nirgends erlegen, ich erinnere mich keines Beispiels, daß sie einem rein constructiven Gesichtspunkt praktische Consequenzen entlehnt hätten, ihr gesunder Takt schützte sie dagegen. Ihre Constructionen gehören wie

so manches andere (S. 130) zu dem dialektischen Turnapparat des Lehrsaals, sie haben eine ganz harmlose, rein akademische Bestimmung. Manche derselben sind offensichtlich bloß auf Anfänger zugeschnitten, sie erinnern an die Erklärungen, die wir Großen den Kindern auf ihre Fragen geben, wenn wir ihnen den wahren Sachverhalt noch nicht klar machen können oder ihn selber nicht kennen, und für welche sie ausreichen, da sie die Haltlosigkeit der Erklärung nicht zu durchschauen vermögen.

Ich kehre zu Paulus zurück, um das Bild seiner wissenschaftlichen Persönlichkeit durch einige neue Züge zu vervollständigen.

In l. 153 de R. J. (50. 17)[1]) ist uns die Regel erhalten, welche er über den Verlust des Besitzes aufstellt:

> Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis acquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.

Dieselbe enthält ein würdiges Seitenstück zu seinem animus possidendi, sie ist gleich diesem völlig aus der Luft gegriffen, mit gänzlicher Hintenansetzung des thatsächlich in der römischen Praxis zur Anwendung gelangenden Rechts, eine rein doctrinäre Abstraction, bei der er die gute Lehre, die er in l. 1 de R. J. (50. 17) ertheilt: non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat selber aufs gröblichste außer Acht gelassen hat. Es ist nicht das erste Mal, daß er mit sich selber in Widerspruch geräth, und wir werden sehen, auch nicht das letzte Mal. Auch sie hat ebenso wie sein animus possidentis der modernen Jurisprudenz außerordentlich

---

1) Verkürzt wiedergegeben in l. 8 h. t.

viel zu schaffen gemacht, nur mit dem Unterschiede, daß sie sich durch sie nicht in gleicher Weise wie durch ihn hat irre machen lassen. Welche Wege man auch eingeschlagen hat, um ihr einen erträglichen Sinn abzugewinnen[1]), darüber kann kein Zweifel sein, daß sie einen der verfehltesten, wenn nicht den verfehltesten Abstractionsversuch enthält, dessen sich je ein römischer Jurist schuldig gemacht hat, und ich stimme ganz Pininski[2]) bei, wenn er sie eine hohle Phrase nennt. Einen gewissen Antheil mag Papinian, der Lehrer des Paulus, daran gehabt haben. Derselbe zieht, um den Satz zu begründen, daß man den Besitz, den man an abwesenden Grundstücken animo behaupte, nicht corpore durch Occupation eines Andern verlieren könne, in l. 46 h. t. die Analogie der Aufhebung der Obligation heran: ut enim eodem modo vinculum obligationis solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae s o l o a n i m o tenetur. Der Gedanke, der ihm dabei vorschwebte, war meiner Ansicht nach der: die possessio, quae solo animo tenetur, hat ebenso wie die Obligation eine rein ideale, durch thatsächliche Voraussetzungen in ihrer Fortdauer nicht bedingte Existenz, Vorgänge thatsächlicher Art können beide mithin nicht aufheben, der Besitzer wie der Gläubiger sind gegen die Gefahr des Verlustes ohne ihr Wissen geschützt. Soweit traf der Vergleich beider Verhältnisse vollkommen zu, und darauf kam es ja Papinian allein an. Dagegen war der Parallelismus zwischen der Begründung und Aufhebung, den er stillschweigend wie bei der Obligation so auch bei dem Besitz statuirt, verfehlt. Denn einmal kann der Besitz nicht animo erworben werden, wie die Obligation, zur Ent-

1) Daß sie auch in dem Sinn nicht aufrecht zu erhalten ist, den Savigny S. 331 fl. ihr unterlegt, glaube ich in meinem Grund des Besitzesschutzes S. 209 fl. dargethan zu haben.

2) Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes S. 156.

stehung desselben bedarf es vielmehr des Moments des corpus, nur zur Fortdauer nicht. Und sodann erfordert die Aufhebung der Obligation einen positiven Willensakt, während der Besitz, wenn der Besitzer von der Occupation Kunde erhalten hat, auch durch Unthätigkeit verloren gehen kann. Nach dieser Seite hin war also der Constructionsversuch von Papinian zweifellos verfehlt. Aber auch im Uebrigen, was den angegebenen richtigen Kern seines Gedankens anbetrifft, können wir ihm keinen Werth zugestehen. Was hat denn die Gestaltung der Sache bei der Obligation für eine Beweiskraft für den Besitz? Hat denn etwa die Analogie der Obligation die Römer bestimmt, dem Besitz dieselbe Gestalt zu geben? Es sind praktische Erwägungen gewesen, und wenn die Analogie der Obligation angerufen wird, so wird dadurch die wahre Einsicht, wie bei allen formalistischen Constructionen, mehr getrübt als gefördert. Der Gedanke von Papinian war kein glücklicher.

Diesen Gedanken hat nun Paulus aufgegriffen und ihn, der lediglich auf eine besondere Gestaltung des Besitzverhältnisses: den Besitz animo, zugeschnitten war, generalisirt und zum allgemeinen Princip für den Besitzverlust überhaupt erhoben. Der Grundsatz der Correspondenz zwischen der Begründung und Beendigung des Rechtsverhältnisses, durch den die ältere Jurisprudenz sich lediglich in Bezug auf die Form des Rechtsgeschäfts hatte leiten lassen[1]), nimmt unter seinen Händen die Gestalt eines materiellrechtlichen Rechtsprincips an: dem realen Thatbestande des Besitzverhältnisses bei seiner Begründung muß zum Zweck der Aufhebung der Umschlag desselben in sein Gegentheil (in contrarium actum) entsprechen. Die Idee ist eine so durch und durch verfehlte, ungesunde, unhaltbare, daß jedes weitere Wort darüber

1) Von mir nachgewiesen in meinem Geist des R. R. B. 3, S. 625 fl.

ein verlorenes wäre. Für den Zweck, den ich mit ihr verfolge, dagegen ist sie unschätzbar, sie zeichnet mit einem Strich den ganzen Mann. Ob die Vorstellungen, die in ihm auftauchen, dem thatsächlich geltenden Recht entsprechen, kümmert ihn nicht, das Recht ist seiner Ansicht nach in die Irre gegangen oder noch nicht zum Bewußtsein seiner selber gekommen, es ist der Beruf und die Aufgabe des Juristen, ihm die Wege vorzuzeichnen, die es zu wandeln hat, oder die in ihm noch schlummernden unklaren Gedanken zur Klarheit und voller Geltung zu erheben.

Von diesem souveränen Uebermuth des sich in sich selbst zurückziehenden juristischen Denkens gegenüber dem positiven Recht, von dem wir soeben das stärkste Probestück mitgetheilt haben, giebt derselbe Jurist noch bei einer anderen Frage einen Beleg. Daß juristische Personen besitzen konnten, stand nach dem Zeugniß von Ulpian in l. 2 h. t. und l. 7 § 3 ad exh. (10. 4) zu seiner Zeit und gewiß nicht erst seit damals völlig außer Zweifel, und es bedarf nicht erst der Namhaftmachung des Grundes, der dies nothwendig machte. Aber dem Paulus paßte das nicht in seine Willenstheorie, und darum nimmt er keinen Anstand, in l. 1 § 22 h. t. den juristischen Personen den Besitz abzusprechen, nicht etwa, was ja Sinn gehabt hätte, weil bei ihnen als unkörperlichen Wesen das corpus nicht möglich sei, sondern weil es ihnen am animus fehle: quia uni consentire non possunt! Als ob eine juristische Person ohne Willen existiren könnte, und als ob nicht alle Beschlüsse, die sie faßt, für das Dasein desselben Zeugniß ablegten. Aber mit dem Besitzwillen hat es seiner Meinung zufolge einmal eine ganz besondere Bewandtniß, und weil er ihn, so wie er ihn sich denkt, bei den juristischen Personen vermißt, erkennt er ihnen den Besitz schlankweg ab:

Was ich nicht construiren kann,
Seh ich als nicht vorhanden an!

Auch das oben (S. 266) mitgetheilte schnöde Verdammungsurtheil über Quintus Mucius Scävola ist geeignet, die Charakteristik des Mannes zu vervollständigen. Für die triftige Erwägung, welche diesen Juristen zu seiner Ansicht geführt hatte, hatte er, dem das spätere Schuldogma zur absoluten Wahrheit geworden war, kein Auge. Das Verhältniß des immissus als Besitz charakterisiren, während jeder Anfänger in den Rechtsschulen zu seiner Zeit erfahren konnte, daß es bloße Detention sei! — das war die schwerste Sünde, die sich denken ließ: eine begriffliche! Falsche Rechtssätze aufstellen, dem Recht den Gehorsam aufkündigen, wie er selber es thut, und wie sein großer Vorgänger es sicherlich niemals sich hatte zu Schulden kommen lassen — was wiegt das gegenüber einem Verstoß gegen die Rechtsbegriffe?

Ich glaube im Bisherigen den Leser zur Genüge in Stand gesetzt zu haben, sich ein Urtheil über die wissenschaftliche Individualität des Paulus zu bilden. Mich erinnert derselbe am meisten an Puchta — es ist der Puchta des römischen Alterthums [1]). Derselbe Fanatismus der juristischen Construction, der im Feuereifer die klaffenden Lücken zwischen den aufgestellten Gesichtspunkten und dem vorhandenen Recht übersieht, und der sich bei Paulus zu einem wahren Paroxysmus des Construirens

---

1) Meiner sonstigen hohen Verehrung vor Puchta, dem ich in meiner ganzen früheren Entwicklung außerordentlich viel danke, und den ich nach wie vor sehr hoch stelle, glaube ich dadurch keinen Abbruch zu thun, daß ich das Ungesunde in seiner Richtung, der auch ich früher mit voller Seele zugethan war, offen kennzeichne. Eine genauere Begründung ist nicht dieses Orts, ich verweise auf meinen Geist des R. R., B. 3, S. 310, 311, und Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, S. 328 fl. Denselben Vorbehalt bitte ich den Leser auch bei meinem Urtheil über Paulus zu machen. Es ist mir nicht in den Sinn gekommen, die hervorragende Stellung, welche ihm unter seinen Zeitgenossen gebührt, zu verkennen, aber dies hat mich nicht abhalten können, das Ungesunde bei ihm offen darzulegen.

steigert, in dem er die einfachsten Dinge nicht mehr wahrnimmt und mit sich selber in Widerspruch geräth, — dieselbe Verranntheit in die Logik des Rechts, welche schlankweg dasjenige, was ihr nicht paßt, als unmöglich, und was ihr paßt, als nothwendig deducirt, ohne dem Gedanken einer möglichen entgegengesetzten Gestaltung Raum zu gönnen — dieselbe Unduldsamkeit gegen fremde Ansichten, ja selbst gegen Bestimmungen des Gesetzgebers [1]), die zu den Begriffen, wie beide sie sich nun einmal zurechtgelegt haben, nicht stimmen. Beide: hervorragende Geister, aber gewaltsame, wissenschaftlich despotische Naturen, unerbittliche Doctrinäre. Wenn unsere heutige Begriffsjurisprudenz sich einen Schutzpatron unter den römischen Juristen aussuchen wollte, in Paulus hätte sie ihn. Das Stück von ihr, das auf die Theorie des Besitzwillens entfällt, hat er allein auf dem Gewissen.

Ich habe oben (S. 275) gesagt, daß der Besitz auf Paulus eine besondere Anziehungskraft ausgeübt hat. Kein anderer Jurist hat sich mit solcher Vorliebe ihm zugewandt, so intensiv sich mit ihm beschäftigt und ihn mit seinen eigenen rein individuellen Ideen auszustatten gesucht, wie er. Es ist dies nicht Zufall. Keine Materie des Rechts bot seiner eigenthümlichen Geistesart etwas so Verlockendes dar, als der Besitz, denn keine andere öffnet dem Begriffsjuristen einen solchen Spielraum dar, wie er. Der Besitz ist die Molluske unter den Rechtsinstituten. Gleich der Molluske weich und biegsam, setzt er den Ideen, welche der Bearbeiter in ihn hineintragen will, nicht den harten Widerstand entgegen, wie die ihrer

1) Ein würdiges Seitenstück zu dem ineptissimum von Paulus bietet Puchta, Pandekten, § 135, wo er Justinian und dem kanonischen Recht den Text liest („Bahn der Willkür") und die Gestalt der Spolienklage in der Praxis als eine „in ihrer eigenen Absurdität sich vernichtende Meinung" bezeichnet.

Natur nach in festen Formen ausgeprägten Institute des Rechts, z. B. das Eigenthum und die Obligation. Aus dem Besitz läßt sich alles Mögliche machen, er ist wie geschaffen, um dem Individualismus der eignen Ansicht die vollste Befriedigung zu gewähren — wer sonst nichts Eigenes zu Markte zu bringen versteht, der Besitz stellt ihm den bequemsten Ablagerungsplatz für seine ungesunden Ideen zur Verfügung, und auf keinem Gebiete gehen die Ansichten und Theorien so unendlich weit auseinander, wie bei ihm, man möchte ihn das Spielzeug nennen, das die juristische Fee der Jurisprudenz als Pathengeschenk in die Wiege gelegt hat, um ihr zur Erholung von ihrer schweren Arbeit auch einmal den Genuß des Vergnügens zu gewähren — eine Kautschukfigur, der sie alle Formen geben kann, die ihr in den Sinn kommen.

Nach den Proben, die ich oben von den gewaltsamen und mißlungenen Constructionsversuchen des Paulus mitgetheilt habe, wende ich mich nunmehr der letzten zu, auf die uns die früheren nur vorbereiten sollten: seinem animus possidentis.

Kein anderer römischer Jurist hat sich mit dem Besitzwillen so viel zu schaffen gemacht, wie er. Bei allen anderen zusammengenommen kommt er nicht so häufig vor wie bei ihm allein. Ich lasse die Stellen sprechen.

1. Zum Besitzerwerb gehört animus und corpus, l. 3 § 1, l. 8 h. t. l. 153 de R. J. (50. 71) Sent. Rec. V, 2, 1. Paulus ist der einzige Jurist, bei dem die Regel vorkommt.

2. Der animus fehlt dem infans und Wahnsinnigen, l. 1 § 3, 9, 10, l. 32 § 2 h. t.

3. Den juristischen Personen l. 1 § 22 h. t. (S. 282).

4. Demjenigen: qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit, l. 41 h. t.

5. Beim Besitzerwerb durch den direkten Stellvertreter entfällt der animus auf die eigene Person, das corpus auf den Stellvertreter, l. 3 § 12 h. t.

6. Beim Pekulienbesitz ersetzt der animus des Sklaven den des Herrn (S. 277).

7. Der Pupill bekommt ohne Vormund den Besitz nur dann, wenn er den animus possidendi hat, l. 4 § 1 de usurp. (41. 3).

8. Der Pächter besitzt nicht: cum conducenti non sit animus possessionem apiscendi, l. 37 de pign. act. (13. 7).

9. Ebensowenig der Stellvertreter: quia non habeat animum possidentis, l. 1 § 20 h. t.

10. Der Ersatzmann usucapirt: quamvis possis videri non p r o t u o possideri, cum nihil intersit quod mandati judicio tenearis, l. 13 § 2 de usurp. (41. 3), d. h. der richtige animus fehlt ihm.

11. Der Pfandgläubiger besitzt zwar, aber er hat nicht die opinio domini, l. 22 § 1 de nox. act. (9. 4), possidet p r o a l i e n o l. 13 pr. de usurp. (41. 3).

12. Beim Besitzerwerb durch Sklaven ist deren animus maßgebend, selbst wenn der Herr ihnen die Weisung dazu ertheilt hat; haben sie die Absicht für einen Anderen zu erwerben, so erhält dieser den Besitz, l. 1 § 13 h. t.

13. Der Besitz geht verloren durch das in contrarium actum in Bezug auf corpus wie animus (S. 279).

14. Durch bloße Aufgabe des animus possidendi kann man sich des Besitzes entäußern. l. 3 § 6 h. t.

15. Ausbrechender Wahnsinn des Detentors hebt den Besitz nicht auf, es ist so gut, als ob der Mann schliefe (S. 276).

Ich glaube damit den Nachweis, der mir oblag, erbracht zu haben. Der animus spielt bei Paulus eine Rolle, wie bei keinem andern Juristen, er wird nicht müde, ihn in allen er-

denkbaren Anwendungen ins Auge zu fassen, und nicht wenige der über ihn aufgestellten Sätze gehörten ausschließlich ihm an, sie wiederholen sich bei keinem der andern Juristen. Zu welchen gewaltsamen Manipulationen und geradezu falschen Behauptungen er sich dabei hat hinreißen lassen, ist zum Theil bereits oben gezeigt worden, in Bezug auf die beiden Sätze 10, 11 wird der Beweis in Folgendem erbracht werden. Ob der Satz 12 vor den Augen seiner Zeitgenossen Gnade gefunden haben wird? Ich kann mir nicht denken, daß die Praxis einer so gänzlich ungesunden Consequenz seiner Theorie des animus Eingang gewähren hat. Ein Jurist aus der alten Zeit würde für einen solchen Satz, der die herrschaftliche Gewalt in ihren Grundfesten erschütterte und den Herrn zum Spielball der Machinationen seiner Sklaven machte, gar kein Verständniß gehabt haben, um ihn zu verstehen, hätte er erst bei Paulus in die Lehre gehen müssen, von dem er allerdings noch manches Andere hätte erfahren können, was ihm gänzlich fremd war. Dazu würde auch der Einfluß, den nach Paulus der Besitzwille auf das Besitzverhältniß ausübt, gehört haben, und damit kommen wir endlich nach langem Umwege zu unserm eigentlichen Thema; alles, was wir bisher vorgebracht haben, hat auf dasselbe nur vorbereiten sollen.

Hätte man einem Juristen der alten Zeit die Frage vorgelegt: worauf beruht es, daß der Pächter bloß Detention erhält, etwa darauf, daß sein Wille darauf gerichtet ist? so würde er die Antwort ertheilt haben: der Wille des Pächters kommt gar nicht in Betracht, er erhält die Detention, weil das Recht dies aus guten Gründen (S. 120) einmal so bestimmt hat. Auch die Zeitgenossen des Paulus sahen, wie wir demnächst (XV) zeigen werden, die Sache nicht anders an. Wie konnte nun Paulus auf die Idee gerathen, den Grund in den Besitzwillen zu verlegen? Einen gewissen An=

haltspunkt dafür muß er doch gehabt haben. Darauf soll die folgende Ausführung die Antwort ertheilen. Ein Irrthum ist erst dann vollständig unschädlich gemacht, wenn man ihn nicht bloß einfach widerlegt, sondern die Quelle verstopft hat, aus der er geflossen ist.

Worauf ist der Wille bei Vornahme eines juristischen Aktes zu richten, bloß auf ihn selber oder auch auf die Folgen, welche das Gesetz mit ihm verknüpft hat? Man braucht die Frage nur zu stellen, um die Antwort gefunden zu haben. Müßte der Wille anstatt auf den Akt (a) auf die Folgen (f) gerichtet sein, so würde die Unkenntniß der letzteren d. i. der Rechtsirrthum den Akt unwirksam machen. Der Erbe, welcher die Erbschaft angetreten hat, ohne zu wissen, daß er schlechthin für die Schulden haftet, würde die Haftung aus dem Grunde ablehnen können, weil er sie nicht gewollt habe. Ebenso der Verbrecher die Strafe oder die hohe Strafe, weil er von ihr oder von ihrer Höhe nichts gewußt habe. Der Richter müßte demnach im einzelnen Fall immer erst untersuchen, ob der Handelnde mit den Folgen seiner Handlung vertraut gewesen sei. Daß dadurch jede Rechtssicherheit, die zum nicht geringen Theil auf der Gewißheit beruht, daß an a unabwendbar f sich reiht, aufgehoben, und die Anwendung des Rechts durch den Richter in unerträglichster Weise erschwert und complicirt werden würde, braucht nicht gesagt zu werden.

Daraus ergiebt sich der Satz: für die Frage von der Willensbestimmung kommt nur a, nicht f in Betracht[1]). Der Eintritt von f vollzieht sich ohne Vermittlung des individuellen Willens, vermöge des Gesetzes, das f mit a als

---

1) Ausdrückliche Gegenüberstellung beider Momente in l. 13 § 2 Com. (13. 6): nec obstat, quod non hac mente.. contraheremus, quasi eum obligatum habituri, plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur (unser a) tacita obligatio nascatur (unser f).

unabwendbare Folge verbunden hat. Läßt dieser Eintritt sich aber damit nicht abwenden, daß er nicht beabsichtigt sei, so läßt er sich auch damit nicht begründen, daß er beabsichtigt sei.

Den letzteren Fehler hat nun Paulus bei der Besitzesfrage begangen; er hat die Folge, welche das römische Recht mit gewissen Rechtsgeschäften in Bezug auf den Besitz verknüpft, auf den Willen zurückgeführt. Nach römischem Recht erhält der Pächter und Stellvertreter stets Detention, er mag es wissen und wollen oder nicht, die Detention ist das f, das sich als nothwendige Folge an das a des Rechtsgeschäfts anreiht [1]), und in Bezug auf welches mithin das Verhalten des individuellen Willens vollkommen gleichgültig ist.

Der Fehler, den Paulus hier begangen hat, ist kein ganz ungewöhnlicher, auch unsere heutige Jurisprudenz hat sich ihn nicht selten zu Schulden kommen lassen, so z. B. in Bezug auf den Eintritt der durch gesetzliche Bestimmung an die Abschließung der Ehe geknüpften güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten. Um im Fall eines Wechsels des Domicils derselben den Fortbestand des bisherigen güterrechtlichen Verhältnisses gegenüber den abweichenden Bestimmungen des Rechts des neuen Domicils zu retten, hat man den Gesichtspunkt herangezogen, daß das bisherige Verhältniß auf dem Willen der Parteien beruhe. Das Resultat, das man dabei zu erzielen sucht, ist ein völlig angemessenes, das Mittel ein verkehrtes. Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe sind unser f, das, wenn es nicht durch entgegengesetzte Vereinbarung ausgeschlossen ist, sich von selbst an das a der Ehe anschließt, und der

1) Vorläufig möge auf l. 21 de usurp. (41. 3) Bezug genommen werden . . . nullius momenti locatio est . . . sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, die weiteren Zeugnisse demnächst (XV).

Umstand, daß jene Wirkungen durch entgegengesetztes Wollen hätten ausgeschlossen werden können, berechtigt keineswegs, ihren Eintritt auf das Wollen zurückzuführen[1]), — in vielen Fällen werden sich die Ehegatten derselben gar nicht einmal bewußt gewesen sein.

Die obige Deduction beruht auf der Annahme eines Gegensatzes zwischen a und f, damit steht und fällt sie. Und sie scheint fallen zu müssen. Denn wenn ich a vornehme, worum ist es mir zu thun? Doch nicht um den dürren Rechtsakt, sondern um die realen Folgen, welche sich daran knüpfen; wenn ich a will, so will ich damit f. Das ganze f? Will ich in Wirklichkeit alle die Folgen, welche das Gesetz mit a verbunden hat? Der Jurist allerdings, er kennt sie, aber auch der Laie? Er hat von manchen derselben nicht die geringste Kunde, sie kommen über ihn wie das Fatum. Bei einigen wenigen Rechtsgeschäften ist allerdings auch er sich des f vollkommen bewußt, so z. B. beim Darlehn, er weiß, daß er das Geld zu seiner freien Verfügung bekommt, und daß er es zurückzahlen muß, der auf a gerichtete Wille schließt hier vollständig das Wollen des f in sich. Aber bei den bei weitem meisten Rechtsgeschäften geht das f über das Wissen des Laien weit hinaus, und hier kann man nur sagen: er selber hat nur dasjenige f gewollt, das er sich denkt. Aber das Gesetz hat das f in seiner Weise bestimmt, und der einzige Weg, den es ihm eröffnet, das von ihm beabsichtigte f zu erreichen, besteht darin, daß er den Ueberschuß des gesetzlichen f mit in den Kauf nimmt. Will er es nicht, so darf er a nicht vornehmen, nimmt er a vor, so tritt das gesetzliche f ein, er mag es beabsichtigt haben oder nicht. Auf diese Weise kann er, wie weniger, so auch mehr bekommen, als er beab-

1) Non velle debet, sed non nolle, l. 1 § 3 de trib. act. (14. 4).

sichtigt hat. Ob der Finder eines Schatzes weiß, daß der Schatz ihm zufällt, ist vollkommen gleichgültig, ebenso ob der Mitbürge weiß, daß ihm das beneficium divisionis, oder die intercedirende Frau, daß ihr die exceptio SCi. Vellejani zusteht.

Nicht minder gleichgültig wie die Kenntniß der Folgen des Aktes ist die des Vorhandenseins seiner Voraussetzungen[1]). Ist der Tradent in Wirklichkeit Eigenthümer, während der Empfänger das Gegentheil annimmt, so erwirbt letzterer gleichwohl Eigenthum, ist derjenige, welcher eine Verpflichtung übernimmt, in Wirklichkeit handlungsfähig, während er sich fälschlich für handlungsunfähig hält, so wird er verpflichtet. Auch hier würde die Wirksamkeit des Aktes, wenn sie durch den individuellen Willen bedingt wäre, in Abrede zu stellen sein, denn im ersten Fall fehlt es dem Empfänger an dem Willen, Eigenthum zu erwerben, da er den Erwerb gar nicht für möglich gehalten hat, im zweiten Fall an dem Willen, sich zu verpflichten, da er sich die Fähigkeit dazu abgesprochen hat. Aber die Wirksamkeit des Rechtsaktes a d. h. unser f ist von dem Meinen der Parteien über seine Voraussetzungen ebenso unabhängig, wie von dem über seine Wirkungen, die irrige Meinung über das Nichtvorhandensein der Voraussetzungen, welche zugleich die irrige Annahme des Nichteintritts der Folgen in sich schließt, hindert nicht den auf a gerichteten Willen, die affectio emtoris ist nach l. 2 § 2 pro emt. (41.4), auch dann vorhanden, „cum rem putat alienam, quae sit venditoris“. Es greift hier die bekannte Regel der römischen Juristen Platz, die ich auch gegenüber den neuerdings dagegen erhobenen Einwendungen in dem bisher angenommenen Sinn

1) Belegstellen für das Folgende in meiner Abhandlung in meinen Jahrbüchern. II. S. 157 fl.

aufrecht erhalte: plus est in re, quam in existimatione mentis, d. h. es kommt lediglich auf das objective Dasein der Voraussetzungen von a an, nicht auf das subjective: das Meinen und Wissen der Parteien.

Mit dem bisher Beigebrachten habe ich in Kürze die Theorie der römischen Juristen über den rechtsgeschäftlichen Willen wiedergegeben. Es gehört zu den bedeutendsten Leistungen der altrömischen Jurisprudenz, daß sie ihn in dieser, ich will kurz sagen: abstracten d. i. der individuellen Willensabweichung nicht den mindesten Einfluß zugestehenden Weise erfaßt hat. Aber in der neueren römischen Jurisprudenz tauchen hie und da Ansätze zu einer Berücksichtigung des individuellen Willens auf, die ich für keine glücklichen halte[1]). Sie hängen

1) Als Beispiel nenne ich den animus contrahendae societatis in l. 44 pro soc. (17. 2), der in der Art, wie er hier angerufen wird, ein würdiges Seitenstück zum animus possidentis bildet, und den animus revertendi der Thiere in l. 5 § 5 de A. R. D. (41. 1). Mit letzterem, der auch bei den Sklaven wiederkehrt, s. l. 47 i. f. h. t., hat es allerdings eine andere Bewandtniß, als es auf den ersten Blick den Anschein gewinnen kann. Man möchte fragen: was soll es heißen, die Erhaltung des Eigenthums am gezähmten Thier auf den animus revertendi desselben stellen, den man gar nicht beweisen kann, und dessen Stelle praktisch die consuetudo revertendi vertritt? Warum wird nicht letztere allein namhaft gemacht, wozu die Betonung des animus, dem praktisch nicht die mindeste Bedeutung zukommt? Die Betonung des animus von Seiten der römischen Juristen enthält einen durchaus richtigen, ja ich glaube sagen zu dürfen: geistvollen Gedanken. Die Etymologie zeichnet uns den „dominus" als denjenigen, der lebende Wesen (Thiere und Menschen, d. i. Sklaven) gezähmt hat (ssk.: dam, damay, griech. δαμ-ᾶν, lat. dom-are, dom-inus, alth. zam, unser zahm, zähmen. Vaniček, Griech.-latein. etym. Wörterbuch I. S. 340). Das Zähmen ist der Vorgang, durch den den arischen Völkern der Begriff des Eigenthums zum Bewußtsein gekommen ist. An unbeweglichen Sachen gab es in der Urzeit kein Privat-, sondern nur Gemeinde-Eigenthum. Der Gedanke der exclusiven Beziehung des Individuums zur Sache ist zuerst am Thier erkannt worden und hat verschiedene Phasen durchgemacht, welche uns die drei bekannten Stufen der Lebensweise der Völker wiederspiegeln: Völker,

zusammen mit der individualisirenden Richtung der neuern römischen Jurisprudenz, eine Erscheinung, die ich mir vorgenommen hatte, in dem dritten Theil meines Geistes des römischen Rechts eingehend zu schildern, die ich hier aber selbstverständlich nicht in den Kreis meiner Darstellung ziehen kann.

---

welche von der Jagd und Fischerei leben — Hirtenvölker, welche mit ihren Heerden weiter ziehen, wenn die Weiden erschöpft sind — Ackerbau treibende Völker, welche durch die Arbeit, die sie auf den Boden verwandt haben, zur Ansässigkeit geführt werden. An Stelle der Substanz, auf welche es auf den beiden ersten Stufen beim Thier abgesehen ist, tritt auf der dritten die Verwendung der Kraft für die Bewirthschaftung.

Das Zähmen und damit das Eigenthum nimmt bei Thieren eine dreifach verschiedene Gestalt an, die ich kurz bezeichnen will als das mechanische Zähmen — das psychologische in Anwendung auf das einzelne Individuum, — und in Anwendung auf die Gattung. Das erstere findet bei wilden Thieren Statt, die der Mensch äußerlich in der Gewalt hat (custodia, l. 3 § 2 ibid.). Mit der Gewalt hört das Eigenthum auf. Das zweite bei wilden Thieren, die er innerlich in ein Abhängigkeitsverhältniß zu sich gebracht, an sich gewöhnt hat. Hier ist nicht bloß der Leib, sondern die Seele des Thieres (animus) bezwungen. Dies manifestirt sich daran, daß das Thier auch bei der ihm gegönnten äußern Freiheit sich gleichwohl zum Hause hält, zurückkehrt (animus revertendi). Mit der inneren Abhängigkeit des Thieres oder der psychischen Herrschaft, welche der Eigenthümer über dasselbe ausübt, hört auch die rechtliche über dasselbe: das Eigenthum, auf. Das dritte bei Hausthieren. Hier ist nicht bloß das Individuum, sondern im Lauf der Geschichte die Gattung bezwungen, das Thier bringt den zahmen Sinn mit zur Welt, es steht rechtlich auf einer Linie mit den beweglichen Sachen, an denen das Eigenthum mit dem Verlust des Besitzes nicht untergeht. So wenig wie die bewegliche leblose Sache dem Eigenthümer einen Widerstand entgegengesetzt, so wenig hier die beseelte bewegliche Sache.

Hieraus ergibt sich, daß das Verhältniß des Thieres bei der zweiten Kategorie mit der Betonung des animus, d. i. der psychologischen Abhängigkeit vom Menschen, in höchst treffender Weise wiedergegeben ist. Und doch nicht richtig? Richtig vom Standpunkt des Rechtsphilosophen, verkehrt von dem des Juristen. Dieser kennt nicht den animus revertendi, sondern nur die consuetudo revertendi, die allein den Gegenstand des Beweises bilden kann, und darum wird in der l. 5 § 5 cit. die rechtsphilosophische,

Ich habe im Bisherigen einen langen Umweg gemacht, um nunmehr endlich bei demjenigen Punkt anzulangen, auf den ich es von Anfang an abgesehen hatte: den animus possidentis des Paulus in l. 1 § 20 h. t. und l. 37 de pign. act. (13. 7). Aber ich glaube, daß der Umweg kein vergebener gewesen sein wird, wir verdanken ihm dasjenige, was bei der Frage: welchen Werth man einem vereinzelten Ausspruch eines Schriftstellers beilegen darf, von erheblichster Bedeutung ist: die Kenntniß seiner Persönlichkeit, Methode, Richtung. Sie soll uns den Commentar zu dem Text des Paulus geben.

Von den beiden Stellen unterziehe ich nur die erstere einer genaueren Betrachtung, der mangelnde animus possessionem apiscendi des Pächters in der zweiten steht und fällt mit dem in der Person des Stellvertreters in der ersten.

Derselbe tritt auf als einzelnes Glied einer Construction. Paulus behandelt in l. 1 § 20 den Besitzerwerb durch Mittelspersonen, und er unterscheidet zwei Formen desselben: die durch mittelbaren Stellvertreter (Ersatzmann), bei der dieser selber den Besitz erwirbt (si suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent), und durch unmittelbaren Stellvertreter (si nostro nomine accipiunt), bei der der Vertretene den Besitz erhält. Diese letztere Form war dem älteren Recht unbekannt (S. 135), und noch ein Jurist aus dem Anfang der

auf den innern Seelenzustand gestellte Auffassung durch die auf den äußern Thatbestand des Wiederkommens gerichtete praktisch-dogmatische vervollständigt. Wenn gleichwohl erstere der „talis regula comprobata“ zu Grunde gelegt wird, so glaube ich darin einen Beleg für die Behauptung im Text erblicken zu sollen — mit dem animus revertendi verhält es sich um nichts anders als mit dem animus possidentis des Paulus, an Stelle des praktisch allein entscheidenden äußern Moments ist durch die subjectivistisch-individualisirende Richtung der spätern Jurisprudenz das innerliche gesetzt.

Kaiserzeit: Javolenus, erklärte es für unmöglich, daß man durch eine Person, die man nicht in der Gewalt habe, Besitz erwerben könne, l. 23 § 2 h. t.:

> neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.

Ebenso charakteristisch für ihn oder die Auffassung seiner Zeit wie für die Compilatoren der Pandekten, die eine so gänzlich antiquirte Ansicht aufnahmen.

Dasselbe, was Javolenus für unmöglich erklärte, sucht nun Paulus als nothwendig zu erweisen. Es ist derselbe Paulus, der anderwärts (Sent. Rec. V, 2, 2) sagt: per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. Also das eine Mal läßt sich seiner Ansicht nach der Satz auf dem Wege der juristischen Deduction gewinnen, das andere Mal wird er als positive Bestimmung, als Eingriff in die ratio juris charakterisirt!

Es wäre besser gewesen, wenn Paulus den Versuch der Deduction unterlassen hätte, er ist um nichts besser ausgefallen als der oben (S. 275) erwähnte in Bezug auf die Ausschließung der Ersitzung bei Prädialservituten. Wie ihn dort der Umstand nicht kümmerte, daß das frühere Recht gerade das Gegentheil von dem bestimmt hatte, was er als nothwendig deducirte, so auch hier nicht. Soll der Stellvertreter darum den Besitz nicht erhalten, weil es ihm am animus possidentis fehlt, wie kam er denn in früherer Zeit dazu? Hatte er damals vielleicht den animus possidentis, inzwischen ihn aber abgelegt? Oder wenn er ihn auch damals nicht hatte, ihm aber gleichwohl der Besitz zuerkannt ward, ist nicht damit der Beweis erbracht, daß auf denselben nichts ankommt?

Aber einmal angenommen: die ältere Jurisprudenz habe von dem animus noch nicht die richtige Vorstellung gehabt,

während die neuere Zeit inzwischen zur richtigen Erkenntniß gelangt sei und auf Grund davon ihn dem Stellvertreter abgesprochen habe, was verschlägt dies für den Satz, den Paulus deduciren will: daß nämlich der Vertretene durch den Stellvertreter den Besitz erwirbt? Der Tradent, sagt er, besitzt nicht mehr: quoniam cesserit possessionem, der Stellvertreter besitzt nicht: quia non habeat animum possidentis, folglich — muß der Vertretene ihn erhalten! Als ob daraus, daß ein Anderer den Besitz verliert, und ein Dritter ihn nicht erhält, folgte, daß ich ihn bekäme! Ein Sklave stiehlt eine Sache, der Besitz des Bestohlenen geht unter, der Sklave erwirbt ihn nicht, — erwirbt ihn darum der Herr? Nach l. 24 h. t.: Nein! Paulus läßt außer Acht, daß noch eine dritte Möglichkeit übrig bleibt: die, daß die Sache *besitzlos* wird. Ein Beispiel dafür gewährt die Tradition an einen Wahnsinnigen. Nach l. 18 § 1 h. t. geht der Besitz des Tradenten verloren, der Wahnsinnige aber erwirbt ihn nicht, die Sache wird besitzlos.

Das Argument, dessen sich Paulus in l. 1 § 20 cit. bedient, ist dasselbe, mit dem er in l. 1 § 4 h. t. zu beweisen sucht, daß die Frau an der ihr vom Manne geschenkten Sache Besitz erwerben müsse. *Hier* heißt es: nam quid adtinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem? *Dort* heißt es: alioquin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem. Mittelst derselben Deduction hätte er auch beweisen können, daß der Herr an der vom Sklaven gestohlenen Sache den Besitz erhalten müsse. Das Mindeste, was man von einer rein logischen Deduction verlangen kann, ist, daß sie wenigstens

in sich schlüssig sei. Selbst daran läßt es die von Paulus fehlen, — sie hat keinen innern Schluß, sie klappert! Sein Beweis, daß der Vertretene den Besitz erhalten müsse, ist ebenso mißlungen, wie der, daß die Ersitzung der Prädialservituten unmöglich sei, der Versuch, das Vorhandene als nothwendig zu deduciren, hat auch hier mit demselben Bankerott der Logik geendet wie dort.

Doch damit ist der animus possidentis noch nicht widerlegt. Mag auch der von Paulus behauptete Mangel desselben in der Person des Stellvertreters nicht ausreichen, um den Schluß zu rechtfertigen, daß der Vertreter den Besitz erwerbe, so kann es mit dieser seiner Behauptung doch immerhin seine Richtigkeit haben. Ein Argument verliert dadurch nicht an seiner Wahrheit, daß es zu einer falschen Schlußfolgerung verwandt worden ist.

Was veranlaßte Paulus dazu, dem Stellvertreter den animus possidentis abzusprechen? Ich erblicke den Anlaß darin, daß das Recht seiner Zeit zwei Formen darbot, um sich durch eine Mittelsperson den Besitz zu verschaffen: die ältere der mittelbaren und die neuere der unmittelbaren Stellvertretung. Diese Verschiedenheit des Erfolges als Gegenstand der Absicht beider Personen gedacht, der subjective animus in Uebereinstimmung mit dem objectiven Recht gebracht, und wir erhalten in der Person des Einen den animus possidentis, in der des Andern den Mangel desselben.

Die Deduction wäre unanfechtbar, wenn es wahr wäre, daß die Entscheidung des Stellvertreters für die eine oder andere Form durch das Wissen und Wollen der daran für das Besitzverhältniß geknüpften Folge bedingt wäre. Aber darin steckt der Fehler, es ist die Verwechslung unseres obigen a mit f (S. 288). Die Mittelsperson braucht von dem Vorhandensein der beiden Formen und ihrer verschiedenen obliga-

torischen und sachenrechtlichen Wirkungen nicht die mindeste Vorstellung zu haben, nichts destoweniger tritt diejenige von ihnen ein, deren Thatbestand den Umständen nach als vorhanden anzunehmen ist. Die Absicht der Mittelsperson ist lediglich darauf gerichtet gewesen, für den Mandanten einen bestimmten Akt vornehmen, aber damit erschöpft sich ihr Wollen. Ob sie selber haftbar und berechtigt wird, Besitz oder Detention erwirbt, klagen und beklagt werden kann, von allem weiß sie nichts, die Folgen kommen über sie, wie so oft im Recht, nicht auf Grund ihres Willens, sondern auf Grund der gesetzlichen Bestimmung, die mit dieser Gestaltung der Stellvertretung die eigene Haftung und Berechtigung, mit jener die gänzliche Ausschließung rechtlicher Folgen für sie verbindet. Ich werde später (XVI) Gelegenheit haben, den dafür maßgebenden Thatbestand auseinander zu setzen, hier genügt es mir, den Rechtsgrundsatz zu constatiren, daß der Eintritt der Folgen, die das Gesetz mit der einen oder andern Form der Stellvertretung verbunden hat, von dem Wissen und Wollen des Stellvertreters ebenso unabhängig ist, wie der Eintritt der gesetzlichen Folgen der Antretung der Erbschaft oder des Abschlusses eines Kaufvertrages von dem Wissen und Wollen des Verkäufers.

In Anwendung auf die Wirksamkeit der Stellvertretung beim Besitzerwerb heißt dies: das Wissen und Wollen der Mittelsperson in Bezug auf die Art des Besitzverhältnisses, die sich an ihren Apprehensionsakt knüpft, ist vollkommen gleichgültig, der direkte Stellvertreter erwirbt den Besitz für den Vertretenen, auch wenn er ihn für sich erwerben will (S. 204), der mittelbare erwirbt ihn für sich, auch wenn er der Meinung ist, daß der Vertretene durch ihn sofort Besitzer und Eigenthümer werde. Das objective Recht ist von dem Meinen der Parteien gänzlich unabhängig, es versagt demjenigen den Besitz, der

meinte, ihn für sich zu erwerben, und spricht ihn demjenigen zu, der meinte, ihn für den Andern zu erwerben. Daß es wohl daran gethan, werden wir bei der Betrachtung des Stellvertretungsverhältnisses (XVI) sehen.

Der Fehler, den Paulus begangen hat, indem er die Detention des unmittelbaren Stellvertreters durch den mangelnden animus possidentis motivirte, läßt sich jetzt mit einem Wort bezeichnen: er verwechselte unser obiges a mit f, den Willen der Mittelsperson, der sich vollständig daran erschöpft, daß sie *für* den Andern handeln will, ohne der Entschlußfassung darüber zu bedürfen, in welcher der beiden möglichen Formen der Stellvertretung dies Handeln stattfinden soll, und ohne sich beim Besitzerwerb bewußt zu sein, ob Besitz oder Detention entsteht, — diesen unbestimmten, dem Recht nach vollkommen ausreichenden Stellvertretungswillen steigerte er zu dem Willen, in dem einen Fall Besitz, in dem andern Detention zu erwerben. Hätte er mit dieser *Specialisirung* des Stellvertretungswillens in Bezug auf das Besitzverhältniß das Richtige getroffen, es wäre damit ein Rechtssatz in die Welt gesetzt, wie er sich nicht schlechter denken ließe. Wer außer dem Juristen weiß denn etwas von Besitz und Detention? Und da soll der Laie entscheiden, ob er das eine oder andere beabsichtigt, den animus possidentis gehabt habe oder nicht? Es ist eine der ungesundesten Ideen, deren dieser Doctrinär unter den römischen Juristen sich schuldig gemacht hat.

Der direkte Stellvertreter hat nach Paulus nicht die Absicht, für sich zu besitzen. Wie steht es mit dem mittelbaren? Hat er etwa die Absicht, für sich zu besitzen? Eigentlich nicht, sagt Paulus in l. 13 § 2 de usurp. (41. 3), aber freilich — — es ist einmal so: diutina possessione capis, quamvis possis videri *non pro tuo possidere*, cum nihil in-

tersit, cum mandati judicio tenearis. Also der Mann hat nicht die Absicht, pro suo possidere, gleichwohl aber besitzt und usucapirt er. Einen minder befangenen Juristen als den Paulus würde dies zu der Einsicht gebracht haben, wie es mit dem animus beschaffen ist, — ihn kümmert das nicht.

Ich denke, ich habe des Guten genug gethan, um die Auffassung des Paulus vom animus possidentis in ihrer ganzen Unhaltbarkeit aufzudecken. Er selber hat sich auch bei dieser Gelegenheit wiederum als Denjenigen dargethan, als welchen wir ihn bereits früher haben kennen lernen: als einen Doctrinär vom reinsten Wasser, der seine fixen Ideen durchführt, es koste, was es wolle. Und diesem Manne ist die moderne Jurisprudenz gläubig und kritiklos gefolgt, ohne gleich ihm die mindeste Notiz von dem positiven Recht zu nehmen, — die ächte Jüngerin der von ihm inaugurirten ungesunden Begriffsjurisprudenz.

Sehen wir zu, was sie aus seinem animus possidentis gemacht hat.

XIV.

Innere Kritik der Subjectivitätstheorie.

Zwei Worte von Paulus sind es gewesen, denen die Subjectivitätstheorie ihren Ursprung verdankt. Wären sie bei Aufnahme der beiden Stellen von Paulus in die Pandekten ebenso unterdrückt worden, wie es bei Aufnahme derselben in die Basiliken geschehen ist, ich bezweifle, ob die Theorie je das Licht der Welt erblickt haben würde, denn die sonstigen Aeußerungen der justinianischen Quellen und bei den Byzantinern, in denen man, einmal aufmerksam geworden, sonst noch Spuren des animus possidentis entdeckt zu haben glaubte, würden für sich allein sie schwerlich ins Leben gerufen haben.

Zwei Worte — was verschlägt es? Zur Lösung eines Räthsels bedarf es nur eines einzigen, zur Oeffnung eines großen Waarenmagazins genügt ein kleiner Schlüssel. Gewiß! Aber doch nur dann, wenn Wort und Schlüssel passen. Paßte der Schlüssel von Paulus? Bei unbefangener Betrachtung hätte man sich bald überzeugen müssen, daß dies nicht der Fall ist, daß dessen Betonung der Verschiedenheit des Besitzwillens für Besitz und Detention zu der Gestalt, welche der letztere Gegensatz thatsächlich in unsern Quellen an sich trägt, nicht stimmt. Allein der Gesichtspunkt des Paulus erschien von vornherein als ein so natürlicher, einleuchtender, inhaltsreicher, werthvoller, daß man sich der Prüfung seiner Richtigkeit über-

hob. In ihm glaubte man den Schlüssel gefunden zu haben, der das Verständniß der ganzen Besitzeslehre erschloß, es kam nur darauf an, ihn zu verwerthen.

Eine dankbare Aufgabe! Sie bot der modernen Jurisprudenz eine Gelegenheit, die ihr nur selten zu Theil wird: die des eigenen selbständigen Schaffens. Bei den meisten Materien des römischen Rechts ist unsere heutige Jurisprudenz darauf angewiesen, die Theorien der römischen Juristen einfach zu reproduciren, höchstens kleine Lücken zu ergänzen, Mängel, Ungenauigkeiten zu berichtigen, Widersprüche auszugleichen, kurz, es ist ihr dabei versagt, selber zu schaffen, sie begegnet fast überall dem römischen Juristen, der ihr diesen Genuß bereits vorweggenommen hat. Die Gelegenheit des eigenen Schaffens ist ihr bei der Lehre vom Besitzwillen im reichsten Maße zu Theil geworden.

Wir haben seiner Zeit (VI: Dialektischer Aufbau der Subjectivitätstheorie) gesehen, in welcher Weise sie dieser Aufgabe nachgekommen ist, welchen Bau sie auf dem ihr von Paulus gebotenen Fundament aufgeführt hat. Hier wollen wir ihr Werk einer Kritik unterwerfen. Zu dem Zwecke begleiten wir sie bei ihrem Bau, indem wir die einzelnen Materialien, die sie zu demselben verwandt hat — es sind die dort (S. 81—85) aufgeführten acht Sätze — einer Prüfung unterwerfen. In Bezug auf den ersten: den Ausspruch des Paulus, ist dies bereits in der vorigen Nummer geschehen, es verbleiben uns an dieser Stelle die Sätze 2—8 (S. 82—85).

Zweiter Satz: Der animus possidendi ist zu bestimmen als animus rem *sibi* habendi.

Wenn Paulus dem Stellvertreter den animus possidentis abspricht, so kann dies nur darin seinen Grund haben, daß derselbe die Sache nicht für sich, sondern für den Vertretenen haben will. Daraus ergibt sich, daß der Wille des

Besitzers darauf gerichtet sein muß, die Sache für sich zu haben. Wo es an demselben fehlt, kann mithin nicht Besitz, sondern nur Detention entstehen.

Also *Unverträglichkeit des Besitzes* mit dem Willen, die Sache *für einen Andern* zu haben. Es ist der Grundgedanke und zugleich der Grundirrthum der ganzen Subjectivitätstheorie, den wir damit namhaft machen. Unterwerfen wir ihn einer Prüfung.

Uebt es auf x einen Einfluß aus, ob A es für sich oder für B erwirbt? Zweifellos: Nein! Macht es einen Unterschied, wenn wir uns unter x statt einer Sache ein Recht vorstellen? Ebenso zweifellos: Nein! Das Moment der *Zweckbeziehung* in der Seele des A ist ein rein innerliches, durch welches x, mag es eine Sache oder ein Recht sein, gar nicht berührt wird, x bleibt x, mag A die Absicht haben, es für sich oder für den B zu erwerben.

Vom *logischen* Standpunkt aus ist also die Behauptung, daß das Besitzverhältniß eine andere Gestalt annehmen *müsse*, je nachdem die Person es für sich oder für einen Andern erwerben oder den von dem Besitzherrn ihr überlassenen Besitz für sich oder für ihn ausüben wolle, eine unrichtige, die rein logische Betrachtung bringt vielmehr das *Gegentheil* mit sich.

Aber vielleicht hat das *römische Recht* sich um den Satz der Logik: x bleibt x, mag A x für sich oder für B haben wollen, nicht gekümmert und eine entgegengesetzte Behandlungsweise eintreten lassen. Es wäre ja möglich, daß es, aus welchen Gründen es immerhin sei, der bloß *subjectiven* Zweckbeziehung einen *objectiven*, d. i. einen das Recht alterirenden Einfluß zugestanden hätte.

Wie verhält es sich damit? Das römische Recht läßt es an der Antwort nicht fehlen, es ist dieselbe, welche die Logik

ertheilt: Einflußlosigkeit der subjectiven Zweckbeziehung auf das Rechtsverhältniß.

Schon das altrömische Recht hatte Anlaß, sich über die Frage schlüssig zu werden. Dieselbe trat ihm entgegen in dem Verhältniß der mittelbaren Stellvertretung, der einzigen Form, die dem Verkehr damals für den Stellvertretungszweck zu Gebote stand. Der Ersatzmann, wie ich ihn nenne, schloß das Rechtsgeschäft für den Vertretenen ab, aber dieser Umstand übte auf das dadurch begründete Rechtsverhältniß nicht den mindesten Einfluß aus, die Mittelsperson ward ganz so berechtigt, als ob sie für sich selber gehandelt hätte, sie konnte, wenn sie wollte, mithin das von ihr erworbene Recht auf einen Dritten übertragen. Ebenso der Stellvertreter bei der Obligation: der prinzipale, der anstatt des Mandanten, und der accessorische, der neben ihm bei Abschluß einer Stipulation als adstipulator das Geschäft abschloß. Er hatte dieselbe Verfügungsgewalt über die Forderung wie dieser und konnte z. B. dem Schuldner doloser Weise die Schuld erlassen [1]). Nicht anders der Fiduciar, auf den der Eigenthümer zum Zweck der Vornahme irgend welcher Rechtsgeschäfte, z. B. Erwerb oder Bestellung von Servituten, Freilassung eines Sclaven, das Eigenthum an res mancipi durch mancipatio oder in jure cessio übertragen hatte. Er ward voller Eigenthümer; der Umstand, daß sein Eigenthum nur ein prokuratorisches war und vielleicht nur einen Tag dauern sollte, that seiner Rechtsstellung nicht den mindesten Eintrag.

War es beim Besitz anders? Ganz ebenso! Vor Zulassung der direkten Stellvertretung beim Besitzerwerb (S. 135) war die indirekte die einzige vom Recht zur Verfügung gestellte Form, und sie hat sich bekanntlich neben der ersten

1) Bekanntlich der Anlaß für das zweite Kapitel der lex Aquilia.

aus guten Gründen (XVI)[1]) auch im neuen Recht behauptet. Hier erhält die Mittelsperson selber den Besitz, trotzdem daß sie die Absicht hat, ihn für den Vertretenen zu erwerben. Den Römern ist also der Besitz mit der Absicht, ihn für einen Andern zu haben, nicht unvereinbar erschienen, und zwar nicht etwa bloß in alter Zeit, sondern noch in der Periode der höchsten juristischen Entwickelung.

Damit ist die obige Idee in ihrer vollen Grundlosigkeit dargethan. Es ist nicht wahr, daß das rein subjective Moment der Zweckbestimmung des Rechtsverhältnisses für einen Andern beim Besitzverhältniß mit Nothwendigkeit die Detention mit sich bringe. Weder wahr vom rein abstracten Standpunkt der Logik, noch von dem positiven des römischen Rechts aus, der Wille, für einen Andern zu besitzen, verträgt sich vollkommen mit dem Besitz in eigener Person. Der Grund, warum der unmittelbare Stellvertreter nicht den Besitz erhält, kann mithin nicht mit Paulus in seinem unvollkommenen Besitzwillen gefunden werden. Nicht diese rein doctrinäre Vorstellung, sondern praktische Gründe sind es gewesen, welche die Römer bestimmt haben, ihm den Besitz abzusprechen: das Interesse des Verkehrs an der Ermöglichung des direkten Besitzerwerbs. Da eine compossessio plurium in solidum nach römischer Auffassung nicht möglich war, so ergab sich daraus von selbst, daß man den Besitz, um ihn dem Vertretenen zuzuwenden, dem Vertreter absprechen mußte. Es war mithin, um uns unserer früheren Formel (S. 53) zu bedienen, nicht das mangelnde $+\alpha$ in seiner Person, sondern das $-n$ in

1) Auch beim Vormunde, der vor Zulassung der direkten Stellvertretung beim Besitz nur als Ersatzmann für den Mündel Besitz erwerben konnte, hat sie sich im neuen Recht erhalten, s. z. B. l. 2 quando ex facto (26. 9) l. 1 § 20 h. t.

der Person des Besitzherrn, das sich seinem Besitz entgegenstellte und an dessen Stelle die Detention setzte.

Dieselbe Erscheinung, welche wir hier beim Ersatzmann nachgewiesen haben: Verträglichkeit des Besitzes mit der Zweckbestimmung für eine andere Person wiederholt sich auch beim Verkäufer. Ich habe seiner schon oben (S. 216) gedacht, und ich wiederhole hier die Frage: für wen besitzt der Verkäufer, für sich oder für den Käufer? Um den Einwand, daß er selber noch ein Interesse daran habe, die Sache zu behalten, abzuschneiden, setze ich den Fall, daß der Kaufpreis bezahlt ist.

Also für wen besitzt der Verkäufer, dem sie der Käufer zur Zeit noch gelassen hat, um sie gelegentlich abzuholen, in wessen Interesse hat er sie in Händen? Zweifellos in dem des Käufers. Er nimmt ihm gegenüber keine andere Stellung ein, als der Mandatar, dem eine Sache zur Aufbewahrung übergeben ist. Obschon selber noch Eigenthümer, hat er sich aller Eigenthumsdispositionen zu enthalten und denselben Grad der Sorgfalt aufzuwenden wie der Mandatar. In obligatorischer Beziehung steht die Sache um nichts anders, als wenn die Sache dem Käufer gehörte, in diesem rein obligatorischen Sinne hat der Verkäufer eine fremde Sache in Händen. In l. 21 de her. vend. (18. 4) sagt derselbe Paulus, der sich des Moments der Zweckbeziehung bedient, um die Detention des Stellvertreters zu deduciren, von dem Verkäufer eines Grundstückes in Bezug auf die unterlassene Bestellung: si neglexisset ut alienum, nihil ei imputari possit. „Ut alienum“! Damit hat er das Verhältniß des Verkäufers zur Sache gezeichnet, es stimmt mit seiner Zeichnung von dem des Ersatzmannes in l. 13 § 1 de usurp. (41. 3): possis videri non pro tuo possidere. Der Grund, durch den er diesen Gesichtspunkt für letzteren zu rechtfertigen sucht: cum nihil

intersit, quod mandati judicio tenearis, trifft ebenso gut für den Verkäufer zu: cum nihil intersit, quod emti judicio tenearis, beide haben nicht die Absicht, die Sache für sich zu haben, im Sinne des Paulus also nicht den animus possidentis. Gleichwohl aber haben sie den Besitz.

Beim Verkauf der Erbschaft steigert sich, wie derselbe Paulus in l. 21 cit. bemerkt, die Verpflichtung des Verkäufers zu der eines Verwalters eines fremden Vermögens: cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam. Und doch behält der Erbe den Besitz bei. Würde die Zweckbestimmung des Verhältnisses für einen Andern von Einfluß sein, so hätte der Erbe Detentor und durch ihn der Käufer Besitzer werden müssen. Aber der Erbe bleibt Besitzer, und Paulus selber sagt in l. 14 § 1 ibid: venditor res hereditarias tradere debet, er läßt nicht einmal der Möglichkeit eines Constitutum possessorium (S. 214) Raum.

Ich schließe die Betrachtung unseres zweiten Satzes mit dem Resultat ab: derselbe hat sich am römischen Recht nicht bewährt, es ist eine durchaus unwahre Behauptung, daß der Besitz sich mit der Absicht, ihn für einen Andern inne zu haben, nicht vertrage, daß letztere mit Nothwendigkeit die detentio alieno nomine erheische. Das ganze Fundament der Subjectivitätstheorie ist damit hinfällig geworden, und es läßt sich im Voraus sagen: alles, was jetzt noch folgt, ist eitel Trug und Blendwerk.

Dritter Satz: mit dem Besitzwillen hat es in allen andern Detentionsfällen dieselbe Bewandtniß wie beim Stellvertreter.

Um jeder Abirrung von der Frage, um die es sich handelt, vorzubeugen, bemerke ich, daß sie nicht dahin geht: hat der Detentor den Willen, den Besitz, sondern hat er den, die

Sache für sich oder den Besitzherrn zu haben? Aus seinem auf die Sache gerichteten Willen soll ja erst die Nothwendigkeit seines Detentionswillens deducirt werden. Was von der Behauptung zu halten ist: Pächter, Miether u. s. w. haben bloße Detention, folglich haben sie auch nur den Detentionswillen, darüber habe ich mich schon oben (S. 289) ausgesprochen, es ist der dort gekennzeichnete Trugschluß: wer a gewollt hat, mit dem das Gesetz f verbunden hat, dessen Wille ist auf f gerichtet gewesen. Hier handelt es sich nicht um diesen ebenso fehlerhaften wie gänzlich werthlosen Schluß von der durch das Gesetz mit gewissen Verhältnissen einmal verbundenen Detention auf den animus detinendi, sondern um den von der Verschiedenheit der Art des Wollens der Sache auf die Art des Besitzverhältnisses. Zu Grunde gelegt wird der, wie soeben gezeigt ist, gänzlich falsche Satz: wer die Sache für einen Andern will, detinirt, und es soll der Nachweis erbracht werden, daß der Detentor wie im prokuratorischen, so auch im selbstnützigen Besitzverhältniß die Absicht hat, die Sache für den Besitzherrn zu haben.

Die Aufgabe wäre ein würdiger Gegenstand für die Sophistenschulen des Alterthums gewesen. Je unsinniger die Behauptung war, je mehr sie der einfachen Wahrheit ins Gesicht schlug, ein um so dankbarerer Stoff für den Scharfsinn des Sophisten, der sie zu begründen, den Nachweis zu erbringen hätte, daß schwarz weiß, weiß schwarz sei. Der Unterschied zwischen ihm und den Vertheidigern der Subjectivitätstheorie, denen der Beweis obliegt, daß Pächter, Miether, Commodatare, Usufructuare, Pfandgläubiger, Erbpächter, Superficiare die Sache nicht für sich, sondern für den Besitzherrn haben wollen, besteht nur darin, daß jener die Unwahrheit dessen, was er deducirte, kannte und nur Andere in die Enge zu treiben suchte, diese aber sich eingeredet haben, daß es sich mit demjenigen,

was sie zu deduciren versuchen, wirklich so verhalte. Wer von vornherein die Ueberzeugung mitbringt: es muß so sein, dem wird es nicht schwer, zu glauben: es ist so — es ist die bekannte Unfreiheit des durch Voreingenommenheit, d. h. durch den Willen bestrickten menschlichen Denkens. Si la proposition du carré de l'hypoténuse, sagt einer der hervorragendsten französischen Schriftsteller der Gegenwart [1]), choquait nos habitudes d'esprit, nous l'aurions réfutée bien vite. Si nous avions besoin de croire que les crocodiles sont des dieux, demain, sur la place du Carrousel, on leur élèverait un temple.

In meinen Augen ist die Behauptung, mit der wir es hier zu thun haben, das Aergste, was die Jurisprudenz wohl jemals an gewaltsamer Entstellung des einfachen Sachverhaltes und ungesunder Sophistik geleistet hat, ich meinerseits wenigstens kenne kein zweites Beispiel, wo sie in dem Maße aller Thatsächlichkeit ins Gesicht geschlagen hat. Der Pächter — um ihn statt aller andern zu nennen — soll das Grundstück nicht für sich, sondern für den Verpächter haben wollen. Wenn der gemeine Mann dies aus dem Munde eines Juristen zu hören bekäme, er würde glauben, daß derselbe seinen Spott mit ihm treiben wolle oder nicht ganz bei Sinnen sei, jedenfalls würde der Jurist, wenn er sich auf eine Discussion mit ihm einließe, den Kürzeren ziehn. Für sich oder für einen Andern — den Gegensatz kennt schon das Kind, es weiß, daß der Apfel, den es dem Bruder bringen soll, ihm für diesen, der, den es selber essen darf, ihm für sich gegeben ist — der Gegensatz gehört zu den ersten und einfachsten, die dem Menschen zum Bewußtsein kommen. Keine Dialektik der Welt

---

1) H. Taine, Les philosophes classiques du XIXe siècle en France, ed. V. Paris 1882, p. 290.

wird im Stande sein, den Satz zu erschüttern, daß der Pächter den Pachtcontract für sich, im eigenen Interesse abschließt, und folglich auch das Grundstück, welches den Gegenstand desselben bildet, für sich erhält, dasselbe für sich bestellt, für sich pflügt, säet, erntet. Während der Pachtzeit nimmt er ökonomisch die Stelle des Eigenthümers ein, dafür entrichtet er ihm den Pachtzins. Hätte nicht das römische Recht dem Pächter die Detention zugeschrieben, ich möchte wissen, ob je ein Jurist sich zu der Behauptung hätte hinreißen lassen, daß der Pächter das Grundstück nicht für sich, sondern für den Verpächter haben wolle, jeder Jurist würde dann dieselbe als eine unsinnige zurückgewiesen haben, die gar keiner Widerlegung werth sei. Das römische Recht hat, wie wir wissen (S. 122), seine guten Gründe gehabt, dem Pächter den Besitz abzusprechen, aber der angebliche Grund, daß der Pächter das Grundstück nicht für sich haben wolle, kommt nicht auf Rechnung der alten Römer, sondern einer ungesunden Begriffsjurisprudenz, die vor den unsinnigsten Behauptungen nicht zurückschrickt, wenn es gilt, ein Verhältniß unter die ihrer Ansicht nach durch technische Gründe gebotene juristische Schablone zu bringen. Ein Mensch im hypnotischen Zustande ißt eine Rübe für einen Apfel. Wer sich nicht in dem Zustande befindet, weiß, daß es eine Rübe ist. Nicht anders verhält es sich mit der obigen Behauptung. Ein Mann mit gesunden Sinnen weiß, daß der Pächter das Grundstück für sich haben will — es bedarf des wissenschaftlichen Hypnotismus, um das Gegentheil zu behaupten.

Was bezweckt denn das Haben einer Sache? Doch nichts anderes, als sie ökonomisch verwenden, bei fruchttragenden Grundstücken die Früchte ziehen, bei Häusern darin wohnen, bei geliehenen Büchern sie lesen, bei Geld es ausgeben, bei Wein ihn trinken. Ein Eigenthum, das dieser Befugniß zur ökonomischen Verwendung der Sache dauernd beraubt wäre, wäre eine

Schaale ohne Kern, ein gänzlich werthloses Ding. Auf den Kern kommt es an: Haben im Sinne des Rechts ist die vom Recht anerkannte Befugniß zur ökonomischen Verwerthung der Sache. Ob diese Befugniß Jemandem dauernd oder vorübergehend zusteht, verschlägt für das Haben in diesem Sinn nicht das Mindeste (S. 315 fl.). Der Mann, der vorübergehend den Nutzen der Sache haben soll, hat sie während dieser Zeit, der Eigenthümer, dem der Nutzen während dieser Zeit fehlt, hat sie aus diesem Grunde nicht.

Dieser Gesichtspunkt des realen Habens hat das germanische Recht bestimmt, dem Pächter die Gewere zuzusprechen [1]), und meiner Ansicht nach ist diese Behandlungsweise eine berechtigtere als die römische, welche dem Pächter den Besitz abspricht; ich werde unten (XIX) darauf zurückkommen. Die Gewere eines Gutes ist nach Heusler [2]) in der Person desjenigen vorhanden, der die Nutzung desselben hat und die Früchte daraus bezieht. Die Nutzung ist nicht Wirkung, sondern Kennzeichen der Gewere. Nicht weil man die Gewere hat, ist man zur Nutzung berechtigt, sondern weil man die Früchte bezieht, hat man die Gewere. Es ist dies, wie Heusler sagt, ein sehr realistisches, praktisches Kennzeichen, dessen Werth in volles Licht tritt, wenn man damit den Umstand in Verbindung setzt, daß die Gewere die Vertretung des Guts in sich schließt. Wer den Nutzen aus einer Sache zieht, wird von einem Angriff auf dieselbe am unmittelbarsten betroffen.

Der Anschauung der neueren Völker hat die Schutzlosigkeit der Detentoren nach römischem Recht nie einleuchten wollen,

---

1) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, B. 2, Aufl. 2, S. 17, Anm. 25. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, B. 2, S. 31.

2) A. a. O. S. 22.

und diesem Umstande ist sicherlich ein wesentlicher Antheil an der Ausbildung zweier Rechtsmittel zuzuschreiben; welche die Härten der römischen Behandlungsweise auszuschließen bestimmt waren: des Summariissimum und der Spolienklage.

Daß dasselbe, was wir im Bisherigen vom Pächter gesagt haben, von allen Personen gilt, denen die Sache um ihrer selbst willen übergeben worden ist, braucht nicht gesagt zu werden, die Behauptung, daß es ihnen am animus rem sibi habendi fehle, hat für sie so wenig Grund wie für den Pächter. Das Verhalten des römischen Rechts zu ihnen veranschauliche ich durch folgende Tabelle[1]):

Besitz.	Quasibesitz.	Detention.
Emphyteuta,	Usufructuar,	Pächter,
Pfandgläubiger,	Superficiar[2]).	Miether,
Precarist[2]),		Commodatar,
Superficiar[2]).		Precarist[2]).

Des Gegensatzes wegen lasse ich eine Uebersicht über die Fälle im procuratorischen Besitzverhältniß folgen.

Besitz.	Detention.
Ersatzmann (S. 304) (Einkaufscommissionär; Vormund)[2]),	Stellvertreter (Vormund[2]), Dienstboten, Dienstmänner, Frachtfuhrmann, Frachtschiffer, Post u. s. w.).
Verkäufer (S. 306),	
Negotiorum gestor und ehrlicher Finder (S. 259 und XVII).	

1) Des Verhältnisses des immissus in possessionem habe ich in derselben nicht gedacht, da derselbe die Sache nicht in Händen bekam, desselben ist schon oben (S. 266) Erwähnung geschehen, es war Detention mit Rechtsschutz.

2) Je nach Umständen, s. darüber XVI, XVII.

Die Nutzanwendung beider Tabellen wird der Leser selber machen können. Nach der Subjectivitätstheorie müßte bei beiden die Columne: Besitz gänzlich fehlen, in Wirklichkeit hält sie der Columne: Detention vollkommen die Waage.

Hätten die Römer sich durch die Idee leiten lassen: Besitz und Detention bestimmen sich nach dem Willen, die Sache für sich oder für einen Andern zu haben, so hätte in allen Fällen der ersten Tabelle Besitz, in allen der zweiten Detention eintreten müssen, während dort neben dem Besitz auch die Detention, hier neben der Detention auch der Besitz auftritt. Daraus ergiebt sich, daß dieser Gegensatz für die Römer nicht der maßgebende gewesen sein kann, nach ihrer Auffassung verträgt sich der Besitz ebenso gut mit dem Willen, die Sache für einen Andern, als die Detention mit dem Willen, sie für sich zu besitzen.

Ich habe schließlich noch ein Wort über die bei Gelegenheit des dritten Satzes (S. 82, 83) angegebene doppelte Charakteristik des Detentionsverhältnisses einmal als Ausübung eines fremden Besitzes und zweitens als Stellvertretung im Besitz hinzuzufügen. Gegen die erstere finde ich nichts einzuwenden, sie verträgt sich vollkommen mit dem Willen, die Sache für sich zu haben. Eine Parallele gewährt der Verkauf des Ususfructus und die Cession der Forderung. Das dadurch entstehende Rechtsverhältniß läßt sich, da das Recht selber nicht übergeht, nur als Ausübung desselben charakterisiren. Ebenso verhält es sich im Besitzverhältniß. Da das Recht im abgeleiteten Detentionsverhältniß den Besitz selber dem Besitzherrn erhalten will, so erübrigt für das Besitzverhältniß des Detentors nur der Gesichtspunkt der Ausübung des fremden Besitzes.

Dagegen halte ich den Gesichtspunkt der Stellvertretung im Besitz für einen ebenso unzutreffenden wie bedenklichen.

Ausgedrückt werden soll dadurch der richtige Gedanke, daß der Besitzherr durch den Detentor besitzt, daß ihm dessen Detention zum Besitz angerechnet wird. Aber die gewählte Ausdrucksform ist eine verkehrte. Man thut dem Begriff der Stellvertretung, wie ihn die Sprache einmal erfaßt hat, Gewalt an, wenn man ihn auf Fälle anwendet, wo eine darauf gerichtete Absicht gar nicht vorliegt. Der Hausherr erwirbt durch Kinder und Sklaven, sie mögen wollen oder nicht, und früher pflegte man sie aus dem Grunde als nothwendige oder gesetzliche Stellvertreter zu bezeichnen, aber mit Recht ist man heutzutage davon zurückgekommen, sie sind Erwerbsinstrumente des Herrn, aber keine Stellvertreter. So wie man in eigener Person durch oder ohne seinen Willen, d. i. durch Gesetz, erwerben kann, ebenso auch durch Mittelspersonen durch oder ohne deren Willen, d. i. durch Gesetz. So verkehrt es sein würde, dort die zweite Art des Erwerbs auf einen fingirten Willen zurückzuführen, ebenso hier, der Erwerb wird in beiden Fällen lediglich durch das Gesetz vermittelt.

In Anwendung auf das Besitzverhältniß heißt dies: der Besitzherr kann den Besitz erwerben und behaupten durch den Willen der Mittelsperson (Stellvertreter) oder ohne deren Willen (Gesetz). Der gemeinsame Gesichtspunkt für beide Fälle ist der der Vermittlung, und danach würde der Besitz des Besitzherrn als mittelbarer[1]) Besitz zu bezeichnen sein im Gegensatz zum unmittelbaren, den er in eigener Person ausübt.

Die Bezeichnung der Detention als Stellvertretung im Besitz ist demnach nicht correct, und derjenige, der sich davon

1) Dieses Ausdruckes bediene ich mich seit Jahren in meinen Vorlesungen, um diejenige Seite des abgeleiteten Besitzverhältnisses zu bezeichnen, mit der es sich dem Besitzherrn zukehrt; die andere, mit der es sich dem Detentor zukehrt, bezeichne ich als Ausübung eines fremden Besitzes.

überzeugt hat, sollte sie vermeiden, da sie dem Irrthum Vorschub leistet, als wolle der Detentor im selbstnützigen Detentionsverhältniß gleich dem Stellvertreter die Sache nicht für sich, sondern für den Besitzherrn haben.

Vierter Satz: Der Wille des Besitzers ist auf dauerndes, der des Detentors auf vorübergehendes Haben gerichtet.

Einmal überzeugt, daß der Wille des Detentors ein anderer sei als der des Besitzers, suchte man außer dem obigen Unterscheidungsmerkmal, die Sache für sich oder für einen Andern zu besitzen, noch andere zu entdecken. Man hat zwei zu finden geglaubt, das hier genannte: Richtung des Willens auf dauerndes oder vorübergehendes Haben der Sache, und das im fünften Satz angegebene: Anerkennung oder Nichtanerkennung eines Berechtigten über sich. Beide halten nicht die Probe aus.

Was es für den Charakter des Besitzverhältnisses verschlagen soll, ob die Sache dem Inhaber nur vorübergehend anvertraut wird, ist nicht abzusehen. Wird x dadurch etwas anders, daß es nicht dauernd, sondern nur vorübergehend überlassen wird? So wenig wie x durch das Moment der subjectiven Zweckbeziehung alterirt wird, so wenig durch das zeitliche Moment der Dauer. Die vorübergehende Dauer eines Verhältnisses ist nur ein Stück, ein Segment aus der Gesammtdauer desselben, und es ist nicht zu begreifen, warum in dem Stück: in dem $^1/_{10}$ oder $^1/_{100}$ x nicht x selbst sich solle behaupten können, in unserem Fall, warum Besitz nicht Besitz solle bleiben können. Allerdings vertragen gewisse Rechtsverhältnisse, so z. B. die des Familienrechts, keine Begründung auf Zeit, und im ältern Recht zählten zu ihnen auch das Eigenthum und die Prädialservituten. Aber wo das Gesetz der Vereinbarung der Parteien über die vorübergehende

Dauer eines Verhältnisses kein Hinderniß in den Weg legt, wie dies nach neuerem Recht bei dem Eigenthum und den Prädialservituten der Fall ist, übt dasselbe während vorübergehender Dauer ganz dieselbe Wirkung aus, wie bei ewiger Dauer. Der Rechtsstellung des Eigenthümers thut es nicht den mindesten Abbruch, daß die Dauer seines Eigenthums durch eine bestimmte Frist begrenzt ist, ebensowenig der des Inhabers einer Prädialservitut, daß ihr ein Endtermin gesetzt ist, oder der des Inhabers einer Personalservitut, daß sie statt auf Lebenszeit nur auf einige Jahre bestellt ist, alle diese Personen genießen denselben Rechtsschutz, wie die, denen das Recht ohne Zeitbeschränkung zusteht.

Und beim Besitz sollte es anders sein müssen? So gut wie sich die verabredete kurze Dauer mit dem Eigenthum verträgt, ebenso gut auch mit dem Besitz, — genießt dort der vorübergehend Berechtigte denselben Rechtsschutz, wie der dauernd Berechtigte, warum nicht auch hier? Die Logik darf man dafür nicht anrufen, denn sie bringt gerade das Gegentheil mit sich: $^1/_{10}$ x unterscheidet sich nur quantitativ, nicht qualitativ von x.

Und so haben es die Römer in der That mit dem Besitz gehalten. Und zwar schon von der ältesten Zeit an. Den Beweis dafür liefert das Precarium und die eigenmächtige Pfändung (pignoris capio), welche beide Besitz gewährten, trotzdem daß der Eigenthümer demselben jeder Zeit (bei letzterem durch Zahlung) ein Ende bereite konnte. Zu dem Precarium sind im Lauf der Zeit die übrigen Fälle des abgeleiteten Besitzes hinzugekommen: das Faustpfand, die Emphyteuse auf Zeit, die Sequestration. Wenn die Subjectivitätstheorie sich mit ihnen dadurch abzufinden sucht, daß dieselben nicht den Charakter normaler Besitzverhältnisse an sich tragen, so werden wir unten (Satz 7) Gelegenheit haben, diese zu der Auffassung

der Römer in keiner Weise stimmende Behauptung ins richtige Licht zu stellen.

Der Satz aber, daß man vorübergehend den Besitz übertragen könne, und zwar wohl bemerkt gänzlich unabhängig von der Eigenthumsübertragung[1]), wird zudem noch ausdrücklich in unsern Quellen ausgesprochen, nämlich in l. 17 § 1 h. t.: . . si quis igitur ea mente tradidit, ut possessio postea ei restituatur, desinit possidere.

Aus alle dem ergibt sich, daß der Grund, warum in gewissen Fällen des abgeleiteten Besitzverhältnisses Detention eintritt, nicht darauf zurückgeführt werden kann, daß der Detentor die Sache nur vorübergehend haben soll — die Römer müssen andere Gründe gehabt haben, ihm den Besitz abzusprechen.

Fünfter Satz: Der Detentor erkennt einen Berechtigten über sich an, der Besitzer nicht, die Detention charakterisirt sich als ein vom Detentor selber anerkanntes rechtliches Abhängig-

1) In Bezug auf die Eigenthumsfrage war Julian in dem Fall zweifelhaft, wenn Jemand Geld schenkte mit der Bestimmung, daß es ihm als Darlehn zurückgegeben werden solle, s. l. 20 de R. Cr. (12. 1). Der Eigenthumsübergang, meint er, sei hier der Strenge nach nicht anzunehmen, folglich auch weder die Schenkung noch das Darlehn, sed haec, fügt er hinzu, intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen est utrumque valere. Dies trägt Hermogenian in l. 33 § 1 de donat. (39. 5) als zweifellos vor: non impeditur dominii translatio ac propterea iisdem nummis donatori creditis novum dominium in his quaeritur. Nach l. 67 de solut. (46. 3) von Marcellus hatte Servius diesen Weg des öfteren Hin- und Hergebens derselben Geldstücke als Mittel vorgeschlagen, um dem Schuldner einen Theil der Schuld zu erlassen: qui minus a debitore suo accipere et liberare eum vellet, posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere. Marcellus fügte hinzu: etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur. Der Vorgang war in Wirklichkeit ein bloßer Scheinakt, eine reine Zahlungskomödie.

keitsverhältniß, der Besitz als die Prätension der Selbständigkeit und Unabhängigkeit.

Der Detentor erkennt den Besitzherrn als Berechtigten über sich an. Vollkommen richtig! Folgt daraus aber, daß er nicht Besitzer sein könne? Die Verweisung auf die Fälle des abgeleiteten Besitzes genügt, um die Fehlsamkeit dieses Schlusses darzuthun; die Annahme, daß sie eine Singularität enthalten, beruht auf einer petitio principii (Satz 7). Zu ihnen kommen noch andere von der Subjectivitätstheorie außer Acht gelassene Fälle hinzu, in denen sich dasselbe Verhältniß wiederholt. Der Ersatzmann steht dem Mandanten nicht anders gegenüber als der Stellvertreter, er erkennt ihn als den Berechtigten an, dem er die Sache herauszugeben hat, und doch hat er Besitz, der Stellvertreter bloß Detention. Der Verkäufer befindet sich dem Käufer gegenüber in derselben rechtlichen Abhängigkeit, wie nur irgend ein Detentor, seinem Besitz thut dies keinen Abbruch.

Und warum auch? Was hat denn der Besitz mit dem Recht eines Andern zu schaffen? Der Grundgedanke des ganzen Besitzinstituts besteht ja gerade in der Unabhängigkeit des Besitzes vom Recht.

In Bezug auf eine und dieselbe Sache können die mannigfaltigsten Rechtsverhältnisse bestehen, ohne daß das eine dem andern hindernd in den Weg tritt, das Gesetz hat jedem derselben seine besondere Sphäre vorgezeichnet, innerhalb deren es völlig selbständig ist, und dadurch dem Rechtsconflicte vorgebeugt. Es ist das Räderwerk einer Maschine, in dem jedes Rad für sich rotirt, ohne die Rotation des andern zu hindern. Alle concurrirenden Personen erkennen sich hier gegenseitig innerhalb ihrer Sphäre als berechtigt an: der Eigenthümer den Pfandgläubiger, Usufructuar, Inhaber einer Prädialservitut u. s. w., und diese wiederum ihn. Und beim Besitz sollte es anders

sein, er sollte dadurch ausgeschlossen sein, daß der Besitzer einen Andern als Berechtigten über sich, wie man fälschlich statt: neben sich sagt, anerkennt? Verträgt sich beim Diebe der Besitz in seiner Person mit dem Eigenthum in der des Bestohlenen, warum sollte er es nicht, wenn derselbe Zustand der thatsächlichen Innehabung der Sache, den der Dieb auf widerrechtlichem Wege ins Leben gerufen hat, auf legalem Wege durch Uebergabe der Sache von Seiten des Eigenthümers begründet wird? Der Eigenthümer erkennt den Besitzer, dieser den Eigenthümer an, es ist um nichts anders, als wenn der Eigenthümer den Innehaber des jus in re, und dieser wiederum ihn als Berechtigten anerkennt, hier wie dort handelt es sich um verschiedene Rechtssphären, die sich durchaus mit einander vertragen.

Es ist also nicht wahr, daß der Besitz mit Nothwendigkeit das Moment der Selbständigkeit, Unabhängigkeit in dem von der Subjectivitätstheorie angenommenen Sinn, d. h. den rechtlichen oder thatsächlichen Protest gegen das Recht irgend einer andern Person in sich schließe.

Sehen wir uns einmal diese angebliche Selbstherrlichkeit des Besitzers an, und vergleichen wir sie, um uns von ihrer gänzlichen Grundlosigkeit zu überzeugen, mit der Stellung des Detentors.

Dieselbe kann gemeint sein im doppelten Sinn: im factischen und rechtlichen. In jenem Sinn hat sie zum Gegenstand dasjenige, was der Besitzer kann, in diesem: dasjenige, was er darf.

Der Besitzer kann über die Sache nach Willkür verfügen. Kann es der Detentor nicht? In diesem Punkt stehen sich beide völlig gleich.

Aber der Detentor darf es nicht, er muß die Gränzen innehalten, welche ihm durch den Contract vorgezeichnet sind.

Verhält es sich mit dem Besitzer anders? Wir wollen die Probe an dem Musterbesitzer der Subjectivitätstheorie: dem Eigenthümer vornehmen. Darf er nach Willkür über die Sache verfügen? Nur dann, wenn er dadurch keine Ansprüche dritter Personen verletzt, sonst nicht. Ich lasse die Personen aufmarschiren, die es ihm verwehren können, es ist eine stattliche Zahl. Zunächst stellen sich diejenigen ein, deren Eigenthumsansprüche er zu respectiren hat: der Miteigenthümer und die Eigenthumsexpectanten (successives Legat, Resolutivbedingung u. s. w.). Dann diejenigen, welche ein jus in re haben. Zuletzt die bloß obligatorisch Berechtigten: der Käufer, Pächter, Miether. Für alle Vornahmen an der Sache, die dem Recht dieser Personen Abbruch thun, haftet er ihnen ganz so, wie ihm selber im gleichen Fall der Detentor, seine Stellung dem Käufer gegenüber ist um nichts anders, als die des Pächters ihm gegenüber, er hat ihn ganz so als „den Berechtigten über sich" zu respectiren, wie der Pächter ihn. Mit seiner angeblichen rechtlichen Unabhängigkeit, Selbstherrlichkeit ist es also Nichts, der Contract bindet ihm um nichts weniger die Hände als dem Pächter oder irgend einem andern Detentor.

Unser Resultat ist: die fünfte These ist ebenso unhaltbar wie die vierte. So wenig wie der Umstand, daß die Sache nur vorübergehend überlassen ist, der Annahme des Besitzes im Wege steht, ebenso wenig der, daß der Inhaber einen Berechtigten über, richtiger: neben sich anerkennt, der Besitz in der Person des Besitzers verträgt sich vollkommen mit der Achtung vor dem Recht des Eigenthümers.

Sechster Satz: Der Besitz charakterisirt sich als Prätension der Eigenthumsstellung, der Wille des Besitzers muß darauf gerichtet sein, die Sache als eigene, d. i. als oder wie ein Eigenthümer zu besitzen. Dieser Wille fehlt dem Detentor, darum erhält er nicht Besitz, sondern nur Detention.

Damit haben wir die Theorie des animus domini, und fortan wende ich mich ausschließlich Savigny zu, worüber ich oben (S. 252) das Erforderliche gesagt habe.

Wir haben gesehen (S. 248), daß Savigny den Begriff des animus domini bereits vorfand. Er hat denselben einfach übernommen, ohne diesen Grundbegriff, auf dem er seine ganze Theorie vom Gegensatz des Besitzes und der Detention aufzuerbauen gedachte, einer Kritik zu unterwerfen. Derselbe galt ihm als feststehende Wahrheit, und er war in diesem Wahn so befangen, daß er sich (S. 110 Anm. 2) zu der Behauptung verstieg: der animus domini werde in den Quellen überall vorausgesetzt, und ihn in eine Stelle hineinsah, die des animus gar nicht gedenkt (s. oben S. 81 Anm. 1), während er die beiden Stellen des Paulus, die ihm wenigstens insoweit einen Anhalt hätten gewähren können, als sie das Erforderniß des animus possidentis betonen, gänzlich unbeachtet ließ.

Das Erforderniß des animus domini stand also für Savigny von vornherein fest, es kam nur darauf an, es begrifflich zu rechtfertigen. Zu dem Zweck mußte das Eigenthum herangeholt, der Beziehung des Besitzes zum Eigenthum der Nachweis entnommen werden, daß der Besitzer wie ein Eigenthümer besitze.

Diese Beziehung stellt Savigny dadurch her, daß er den Besitz als die Ausübung des Eigenthums charakterisirt. „Da das Eigenthum, heißt es S. 29, die rechtliche Möglichkeit ist, auf eine Sache nach Willkür einzuwirken, und jeden Andern von ihrem Gebrauch auszuschließen, so liegt in der Detention die Ausübung des Eigenthums, und sie ist der factische Zustand, welcher dem Eigenthum als einem rechtlichen Zustand correspondirt" (S. 27). Daran reiht sich an späterer Stelle (S. 109) der Schluß: „folglich besteht der animus possidendi in der Absicht, das Eigen-

thum auszuüben". Aber „derjenige, welcher die Detention hat, kann diese Absicht auf zwiefache Weise haben: entweder um fremdes oder um eigenes Eigenthum auszuüben. Hat er die Absicht, fremdes Eigenthum auszuüben, welches er also eben jetzt anerkennt, so liegt darin kein solcher animus possidendi, durch welchen die Detention zum Besitz erhoben würde, Besitz liegt nur vor, wo die Absicht auf eigenes Eigenthum gerichtet ist. Nur derjenige kann als Besitzer gelten, welcher die Sache als Eigenthümer behandelt, d. h. welcher sie factisch ebenso beherrschen will, wie der Eigenthümer Kraft seines Rechts zu thun befugt ist, also insbesondere auch ohne einen Andern, besser Berechtigten über sich anzuerkennen" (S. 110), „das Wollen muß darauf gerichtet sein, daß die Sache auch wirklich als eine eigene behandelt werde" (S. 205).

Man kann nicht selten die Irrigkeit einer Ansicht, die sich in den Regionen des Abstracten bewegt und dadurch die klare Einsicht erschwert, statt auf dem Wege einer mühsamen Deduction in leichtester Weise dadurch zur Anschauung bringen, daß man eine Parallele aus den niedern Regionen des täglichen Lebens heranzieht, an die Stelle der abstracten Vorstellung die sinnliche Anschauung setzt. Dieses Mittels will ich mich hier zunächst bedienen.

Wie habe ich zu schießen, damit ich treffe? frägt ein nicht zur Jagd Berechtigter, der auf die Jagd zu gehen gedenkt. Schieße wie der Jagdberechtigte, lautet die Antwort. Da Du Dich auf der fremden Jagd als Jagdberechtigter aufzuspielen, dessen Jagd als die Deinige auszuüben gedenkst, so mußt Du ebenso schießen wie er; sieh ihm ab, wie er es macht, dann weißt Du, was Du zu thun hast.

Die Anweisung, welche Savigny dem Besitzer in Bezug auf den animus ertheilt, ist um nichts besser. Jene lautet:

schieße, wie der Jagdberechtigte, diese: besitze, wie der Eigenthümer. Wie schießt denn der Jagdberechtigte? Wenn er das Schießen nicht versteht, schießt er vorbei; ob er berechtigt ist oder nicht, kommt dabei nicht in Betracht. So wenig der Nichtberechtigte vom Jagdberechtigten zu lernen braucht, wie er zu schießen, ebensowenig der Besitzer vom Eigenthümer, wie er zu besitzen hat. Beides sind *factische* Vorgänge, die ihre Direktive in sich selber tragen: man muß richtig *zielen*, d. i. in dem einen Fall sein Gewehr, in dem andern seinen Willen auf das *Ziel* richten. Dasselbe ist mit dem Object, das man zu erlangen gedenkt, gesetzt: dort das Wild, hier der Besitz. *Richtung des Willens auf das Ziel* — damit ist alles gesagt. Beim Besitz besteht dies Ziel in der physischen Herrschaft über die Sache. Wenn gleichwohl der Detentor, obschon er, um im Vergleich zu bleiben, richtig gezielt hat, nicht den Besitz erhält, so hat dies nicht darin seinen Grund, daß er nicht getroffen hat, sondern darin, daß das Recht ihm aus Gründen, die mit seiner eigenen Person nicht das Mindeste zu schaffen haben (S. 60—64), den Besitz versagt. Das Verhältniß ist kein anderes, als wenn eine gesetzliche Bestimmung dem Wilderer das Eigenthum am erlegten Wilde abspricht. Ebenso gut könnte man im letzteren Fall sagen: der Mann muß nicht getroffen haben, weil er das Eigenthum, als im ersten: er muß nicht den richtigen Besitzwillen gehabt haben, weil er den Besitz nicht erhalten hat. Wer von der fixen Idee ausgeht: wer das Wild erlegt hat, dem gehört es, wer den Besitzwillen hat, der besitzt, dem bleibt allerdings, wenn dem Wilderer das Wild und dem Detentor der Besitz abgesprochen wird, nichts übrig, als zu sagen: der Wilderer *kann* gar nicht *getroffen*, der Detentor nicht den *Besitzwillen* gehabt haben — die Thatsache muß geleugnet werden, um das Resultat mit der fixen Idee in Uebereinstimmung zu bringen.

Den Besitzer zu dem Eigenthümer in die Lehre schicken, um von ihm zu erfahren, wie er besitzen soll, heißt das Verhältniß zwischen Besitz und Eigenthum auf den Kopf stellen. Der Besitz ist das Frühere, das Eigenthum das Spätere, man kann sich den Besitz ohne das Eigenthum denken, nicht aber das Eigenthum ohne den Besitz. Beim Besitz begegnet uns nirgends das Eigenthum, weder bei dem Begriff, noch bei der Entstehung und dem Untergang, noch bei dem Schutz, man könnte, wenn es sein müßte, die ganze Besitzeslehre darstellen, ohne ein einziges Mal das Wort Eigenthum zu gebrauchen. Man mache denselben Versuch mit dem Eigenthum. Hier werden wir den Besitz nie los, er begleitet uns durch die ganze Eigenthumslehre.

Gleich bei dem ersten Schritt in dieselbe: beim Begriff des Eigenthums, tritt er uns entgegen als inhaltliches Moment desselben. Der Besitz bildet die thatsächliche Voraussetzung der ökonomischen Verwerthung des Eigenthums, er hat zwar als solcher keinen Werth (S. 26), aber er muß da sein, damit der Eigenthümer factisch und rechtlich über die Sache verfügen könne. Daraus ergibt sich als unabweisbares Postulat des Eigenthums der Anspruch auf den Besitz (jus possidendi). Ohne ihn wäre das Eigenthum ein leerer Name, es gliche einer Sache, die so hoch gehängt ist, daß derjenige, der sie haben soll, sie nicht erreichen kann.

Zum zweiten Mal begegnet uns der Besitz bei der Entstehung des Eigenthums. Drei der wichtigsten Entstehungsarten desselben: die Occupation, Tradition, Usucapion, haben den Besitz zur Voraussetzung.

Zum dritten Mal bei der gerichtlichen Geltendmachung des Eigenthums in Form der reivindicatio. Sie hat die Abwesenheit des Besitzes zur Voraussetzung und die Wiedererlangung zum Zweck. Die Vornahme

der ökonomischen Verwerthung des Eigenthums in Form des uti, frui, consumere (S. 26 Anm.), gibt kaum je zu Klagen Anlaß, den Streitstoff für den Eigenthumsproceß liefert fast ausschließlich der Besitz.

Mit der Eigenthumsklage vergleiche man die Besitzesklage. Im Besitzproceß ist nicht bloß die Bezugnahme des Eigenthums nicht erforderlich, sondern sie ist principiell ausgeschlossen, gleichmäßig für den Kläger wie für den Beklagten. Wer sich über die Bedingtheit verschiedener Begriffe Aufschluß verschaffen will, sehe sich die Klage an, hier tritt das Beziehungsverhältniß derselben mit einer Klarheit hervor, die nichts zu wünschen übrig läßt, und die es begreiflich macht, wie die römischen Juristen dazu gelangen konnten, den entscheidenden Accent bei den Rechten auf die Klage zu legen. Bei dem Besitz wird in der Klage das Eigenthum nie sichtbar, das heißt, begrifflich ausgedrückt: der Besitz ist vom Eigenthum unabhängig, er hat mit ihm nicht das Mindeste zu schaffen. Beim Eigenthum wird in der Klage der Besitz sichtbar, das heißt: das Eigenthum hat den Besitz begrifflich zur Voraussetzung. Bei der Klage aus einem jus in re muß der Kläger die Bestellung seines Rechts durch den Eigenthümer behaupten, d. h. das Eigenthum bildet die begriffliche Voraussetzung des jus in re. Der Pfandgläubiger hat außerdem noch die Forderung in Bezug zu nehmen, das heißt: Eigenthum und Forderung sind begriffliche Voraussetzungen des Pfandrechts [1]).

---

1) Würde das begriffliche Prioritätsverhältniß auch in didaktischer Beziehung maßgebend sein, was es meiner Ansicht nach nicht sein soll, so würde dadurch folgende systematische Anordnung geboten sein: Besitz, Eigenthum, die jura in re mit Ausnahme des Pfandrechts, letzteres hätte als Combinationsbildung des jus in re und der obligatio seine Stellung am Ende des Obligationenrechts zu finden.

Begriffliche Unabhängigkeit des Besitzes vom Eigenthum, begriffliche Abhängigkeit des Eigenthums vom Besitz — das ist das Resultat, das uns die Vergleichung beider ergeben hat. Wenn aber das Eigenthum den Besitz zu seiner begrifflichen Voraussetzung hat, so heißt das: der Besitzbegriff ist das *begriffliche Prius*, der Eigenthumsbegriff das *begriffliche Posterius* — *logische Priorität des Besitzbegriffs vor dem Eigenthumsbegriff*[1]).

Es hat etwas Verlockendes, die Frage aufzuwerfen, ob dieser *logischen* Priorität nicht auch die *historische* entspreche. Wenn ich der Versuchung nachgebe, so geschieht es mit dem Bewußtsein, daß ich damit einen unsicheren Boden betrete, und daß die Ansicht, zu der ich mich bekenne, sich auf Widerspruch gefaßt machen muß. Habe ich mit ihr das Richtige getroffen, so habe ich damit noch ein zweites Argument gegen die Theorie des animus domini in die Wagschaale geworfen, wenn nicht, so thut dies jedenfalls dem Gewicht des logischen keinen Abbruch; wer mich widerlegen will, muß den Nachweis erbringen, daß es mit dem ersten nichts auf sich hat, ich erkläre ausdrücklich, daß ich selber auf das zweite kein entscheidendes Gewicht lege.

In der Natur ist das Niedere vor dem Höheren dagewesen, weil dieses jenes zur Voraussetzung seiner Existenz hatte: die unorganische Welt vor der organischen, die Pflanze vor dem Thier, das Thier vor dem Menschen. Derselbe Ent-

---

1) Statt *begrifflich* kann der Leser hier stets *praktisch* setzen, ich habe mich des ersteren Ausdrucks bedient, um den begrifflichen Verstoß, den die Theorie des animus domini begeht, indem sie das bestimmende Moment des Besitzwillens dem Eigenthum entlehnt, von ihrem eigenen rein begrifflichen Standpunkt aus zur Anschauung zu bringen, aber alle obigen begrifflichen Momente haben praktische Realität.

wicklungsgang vom Unvollkommneren zum Vollkommneren, vom Bedingenden zum Bedingten, vom Niederen zum Höheren wiederholt sich auch in der Geschichte des Rechts. Hat die Geschichte auch auf dem Gebiete des römischen Sachenrechts diesen Gang innegehalten? Wenn es der Fall wäre, so würden sich die Institute desselben nach Maßgabe ihrer oben nachgewiesenen begrifflichen Priorität folgendermaßen ordnen: Besitz, Eigenthum, jura in re. Unter letzteren würden die Prädialservituten als ausschließlich sachenrechtliche Bildungen die erste, die übrigen als Combinationsbildungen vom jus in re und Obligation die zweite Stelle einnehmen. Wir hätten demnach folgende Reihenfolge:

1. Besitz,
2. Eigenthum,
3. Prädialservituten,
4. die übrigen jura in re.

Daß diese Reihenfolge für die drei letztgenannten Bildungen zutrifft, ist bekannt. Wie verhält es sich mit dem Besitz? Selbstverständlich ist die Frage nicht im Sinne des thatsächlichen Vorkommens des Besitzes gemeint — thatsächlich ist der Besitz die erste Beziehung gewesen, in die der Mensch zur Sache getreten ist — sondern in dem Sinne: in welcher Gestalt ist dem Menschen zuerst die Idee des rechtlichen Gehörens der Sache aufgegangen, in der beschränkten der Behauptung der Sache gegen denjenigen, der sie ihm zu entziehen sucht oder entzogen hat, oder in der unbeschränkten, absoluten eines Anspruchs gegen Jeden, bei dem er die Sache trifft? Ich glaube, daß die Antwort nicht zweifelhaft sein kann: in der ersteren. Mit diesen beiden Formen des rechtlichen Gehörens haben wir aber im Wesentlichen nur die Idee des Besitzes und Eigenthums wiedergegeben. Wir hätten damit den

Satz: die Idee des Besitzes ist der des Eigenthums vorangegangen [1]).

Wie es sich nun auch mit dieser historischen Priorität des Besitzes vor dem Eigenthum verhalte, die logische, systematische, praktische ist, wie ich meine, von mir oben in unanfechtbarer Weise dargethan worden. Der Fehler, den die Subjectivitätstheorie mittelst Aufstellung des animus domini begeht, läßt sich jetzt mit einem Worte bezeichnen: logisches *ὕστερον πρώτερον*. Ein späterer Begriff: der Eigenthumsbegriff wird herangezogen, um einem früheren: dem Besitzbegriff auszuhelfen, eine Anleihe des Besitzes beim Eigenthum, das begrifflich noch gar nicht da ist, wenn jener schon in die Nothwendigkeit versetzt ist, sich über den für ihn erforderlichen Willen schlüssig zu werden. Der Wille, der zu irgend einem Verhältniß, es mag sein, welcher Art es wolle, erforderlich ist, kann und muß stets ihm selber entnommen werden, richtet er sich auf x, so ist x maß-

1) Dies ist auch die Ansicht der römischen Juristen, s. l. 1 § 1 de A. R. D. (41. 1): dominium rerum ex naturali possessione coepisse. Des näheren Eingehens auf die Entwicklungsgeschichte des Eigenthums, welche weit über Rom in die Urzeit: in die Zeit der Wanderung der arischen Völker zurückführt, muß ich mich hier enthalten. Den ersten mit Hülfe der Etymologie nachweisbaren Ansatz der Eigenthumsidee habe ich oben (S. 292 Anm.) namhaft gemacht, über den Gegensatz des Eigenthums an res mancipi und nec mancipi habe ich mich gelegentlich in meinen Jahrbüchern, B. 23, S. 204, Note 2, ausgesprochen. Letzteres (ohne Vindication) ist meiner Ansicht nach das der Urzeit gewesen, jenes (das dominium ex jure Quiritium mit Vindication) stammt erst aus der Periode der dauernden Ansiedlung, es hat den Bauernhof mit dem, was zu seiner Bewirthschaftung gehört, zur Voraussetzung, die wandernden Volksstämme kannten es nicht. Erst in relativ später Zeit (nach den XII Tafeln) ist in Rom das dominium ex jure Quiritium d. i. das Vindikationseigenthum auf res nec mancipi übertragen worden, bis dahin war der Rechtsschutz an letzteren auf die Diebstahlsklagen beschränkt, die aber auch gegen dritte Personen gingen, Gaj. III 186: apud a l i q u e m furtiva res quaesita et inventa.

gebend. Die Theorie des animus domini nennt uns statt des x des Besitzes das z des Eigenthums. Zu dem Fehler, den schon die Vertauschung des allein maßgebenden Begriffs mit einem andern in sich schließen würde, gesellt sich hier noch der hinzu, daß dieser andere ein späterer ist, der seinerseits sogar denjenigen, den er erklären soll, zur Voraussetzung hat. Es ist derselbe Fehler, den sich Vangerow hat zu Schulden kommen lassen, indem er die Freiheit als Eigenthum am menschlichen Körper erklärte. Die Person muß bereits da sein, ich meine nicht bloß physisch, sondern im Rechtssinn, d. i. als Rechtssubject anerkannt sein, bevor begrifflich vom Eigenthum die Rede sein kann, das Eigenthum wie jedes andere Recht setzt das Rechtssubject voraus. In beiden Fällen wird das begriffliche Verhältniß einfach auf den Kopf gestellt, der frühere Begriff zum späteren, der spätere zum früheren gemacht, ein Begriff, der noch gar nicht da ist, wird verwandt, um einen andern, der bereits da ist, zu erklären!

Ich kehre zu Savigny zurück, um die Art, wie er die zur Deduction des animus erforderliche Beziehung zwischen Besitz und Eigenthum herstellt, genauer ins Auge zu fassen.

„Die Detention ist die Ausübung des Eigenthums — der factische Zustand, welcher dem Eigenthum als einem rechtlichen Zustand correspondirt.“

Dagegen ist folgendes zu bemerken.

1. Es ist nicht wahr, daß der Besitz die Ausübung des Eigenthums enthält. Die Ausübung des Eigenthums besteht in der ökonomischen Verwendung der Sache für die Zwecke des Eigenthümers, je nach Verschiedenheit der Sachen in dem uti, frui, consumere. Der Besitz enthält nur die Voraussetzung zur Vornahme dieser Akte (S. 26). Der Besitz als solcher ist ökonomisch völlig werthlos. Ich stelle mein Reitpferd bei Antritt einer längeren Reise bei dem A ein,

mit der Bestimmung, daß B es solle benutzen dürfen. Wer von beiden übt mein Eigenthum aus? Der B, dem das uti, nicht der A, dem das bloße possidere überlassen ist, jener hat den Nutzen von der Sache, diesem kommt sie ökonomisch gar nicht zu gute. So wenig man das Pfandrecht als Ausübung der Forderung, so wenig darf man den Besitz als Ausübung des Eigenthums bezeichnen. Der Besitz hat für das Eigenthum keine andere Bedeutung als das Pfandrecht für die Forderung: die eines bloßen Sicherungsmittels für die Ausübung des Rechts.

2. Dieselbe Bedeutung, welche dem Besitz für das Eigenthum zusteht, mag sie immerhin sein, welche sie wolle, kommt ihm überall zu, wo das Gesetz aus demselben Grunde wie beim Eigenthum, nämlich um die Zweckverwendung der Sache factisch zu ermöglichen, dem Berechtigten einen Anspruch auf den Besitz zuerkannt hat. Für den Pfandgläubiger, Emphyteuta, Superficiar, Usufructuar, ja selbst den Pächter und Miether hat die factische Innehabung der Sache denselben Werth wie für den Eigenthümer, die gesicherte Ausübung ihres Rechts ist ohne sie nicht möglich. Und auch der Grund, auf den sie ihren Anspruch auf den Besitz stützen, ist ganz derselbe wie beim Eigenthum: das Gesetz. Auch bei ihnen stellt der Besitz „den factischen Zustand dar, welcher dem Eigenthum (bei ihnen: dem betreffenden Recht) als rechtlichen correspondirt".

3. Aber selbst angenommen: beide Momente träfen völlig zu, was ist damit für den Besitz gewonnen? Gar nichts! Die Beziehung, welche Savigny dadurch zwischen Besitz und Eigenthum herstellt, ist für den Besitz eine gänzlich bedeutungslose, sie erschöpft sich, wie Savigny selber (S. 27) anerkennt, in dem Satz: der Eigenthümer hat das Recht, zu besitzen. Dadurch erlangt der Besitz so wenig eine rechtliche Bedeutung, wie irgend welche andere Zustände, Handlungen,

Sachen, welche Objecte eines Rechts sind. Wie der Eigenthümer das Recht hat zu besitzen, so der Jagdberechtigte zu jagen, der Servitutberechtigte zu gehen, zu fahren. Eine rechtliche Bedeutung hat der Besitz nur dadurch gewonnen, daß er als solcher des Rechtsschutzes theilhaftig geworden ist. Dadurch ist er aus der Reihe aller andern factischen Vorgänge und Zustände herausgetreten und zu einem selbständigen Rechtsverhältniß an der Sache erhoben worden (S. 50). Alle anderen factischen Zustände sind nur Object, Inhalt, der Besitz ist Grund eines Rechts.

Anstatt nun bei dem letzteren für die rechtliche Bedeutung des Besitzes allein in Betracht kommenden Punkt anzusetzen, knüpft Savigny an die angegebene gänzlich gleichgültige Beziehung des Besitzes zum Eigenthum an. Wir wissen, warum es geschehen mußte. Es mußte der Umweg durch das Eigenthum genommen werden, um bei Zeiten den Anknüpfungspunkt für den animus domini zu gewinnen. Die Bereicherung unseres Wissens über den Besitz durch den Reflex desselben aus dem Spiegel des Eigenthums, die Savigny'sche Definition: Detention ist derjenige factische Zustand, welcher dem Eigenthum als rechtlichen correspondirt, oder Ausübung des Eigenthums dürfte am leichtesten durch folgende, in demselben Style gehaltene Begriffsbestimmungen veranschaulicht werden.

Uti: derjenige factische Zustand, welcher dem usus als dem rechtlichen entspricht;

Frui: derjenige factische Zustand, welcher dem fructus als dem rechtlichen entspricht;

Jagen: Ausübung der Jagdgerechtigkeit;

Geburt: derjenige Akt, welcher der Entstehung der Persönlichkeit entspricht;

Tod: derjenige Akt, welcher dem Ende der Persönlichkeit entspricht.

Wer keine sinnliche Anschauung von diesen Zuständen und Akten hat, wird sie auf diesem Wege nicht erhalten, und wer sie hat, für den ist, wo es ihm, wie beim Besitz, bloß auf sie ankommt, die hier angegebene rechtliche Beziehung derselben vollkommen werthlos.

Doch wir wollen annehmen: alle Ausstellungen, die wir bisher gegen Savigny vorgebracht haben, sollen unhaltbar, der Besitz soll die Ausübung des Eigenthums, und dieser Gesichtspunkt der maßgebende sein, um den Willen des Besitzers als animus domini zu bestimmen, wir gewinnen dann damit den Satz: der Besitzer muß die Absicht haben, Eigenthum auszuüben.

Aber diese Begriffsbestimmung paßt wiederum nicht, denn sie würde auch für Pächter und Miether zutreffen, welche zweifellos die Absicht haben, das Eigenthum des Verpächters und Vermiethers auszuüben, die aber als bloße Detentoren einmal Savigny zufolge den animus domini nicht haben d ü r f e n. Es bedarf mithin einer begrifflichen Schwenkung, um sie auszuschließen.

Diese Schwenkung vollzieht Savigny durch die Unterscheidung des Willens, e i g e n e s und f r e m d e s Eigenthum auszuüben. Damit hat der animus domini das Ziel, dem er von Anfang an zustrebte, erreicht: die Detentoren haben nicht die Absicht, eigenes, sondern fremdes Eigenthum auszuüben. Das ist aber für den Besitz nicht genügend, denn der Wille des Besitzers muß darauf gerichtet sein, eigenes Eigenthum auszuüben. Diesen Willen hat nur der wirkliche, vermeintliche oder anmaßliche Eigenthümer, sie alle stützen sich bei dem Besitz auf sich selber, sie erkennen Niemanden als Berechtigten über sich an. Nicht dagegen hat ihn derjenige, der einen Andern als Eigenthümer respectirt, den Besitz erst von ihm ableitet. Es ist eine leidige Inconsequenz, wenn das

römische Recht auch ihm in gewissen Verhältnissen den Besitz zuerkennt.

Nach einer Motivirung des Einflusses, den diese Verschiedenheit des Besitzwillens auf das Besitzverhältniß auszuüben berufen ist, sehen wir uns bei Savigny vergebens um. Das Einzige, was er darüber aussagt (S. 109), lautet: „Hat er (der Inhaber) die Absicht, fremdes Eigenthum auszuüben, so liegt darin kein solcher animus possidendi, durch welchen die Detention zum Besitz erhoben würde". Warum kein solcher? Darauf erhalten wir keine Antwort, und es würde Savigny schwer gefallen sein, sie zu ertheilen, denn der Einfluß, den dieser Gegensatz, eigenes oder fremdes Eigenthum auszuüben, auf die Rechtsstellung des Inhabers ausüben soll, ist durch nichts gerechtfertigt und findet im römischen Recht nicht den geringsten Anhaltspunkt, im Gegentheil, dasselbe setzt uns in Stand, den positiven Nachweis zu erbringen, daß der Gegensatz der Ausübung des eigenen oder des fremden Rechts bei anderen Rechtsverhältnissen gänzlich bedeutungslos ist. Der Cessionar übt nach römischer Auffassung das Forderungsrecht des Cedenten aus, gleichwohl ist der Rechtsschutz, der ihm zu Theil wird, kein anderer, als ihn der Cedent genießt. Das alieno nomine agere übt hier auf die Rechtsstellung des Cessionars nicht den mindesten Einfluß aus — warum denn das alieno nomine possidere auf die des Inhabers? Es ist kein Grund abzusehen, warum dasjenige, was dort möglich ist, nicht auch hier möglich sein sollte. Kann ich die Forderung des Cedenten ausüben und ebenso geschützt sein, wie er, warum nicht als Pächter auch den Besitz des Verpächters und ebenso geschützt sein, wie er? Etwa darum nicht, weil der Cedent die Forderung dauernd abtritt, der Verpächter den Besitz nur vorübergehend? Darauf habe ich schon oben (S. 316) geantwortet. Ein anderes Bei-

spiel gewährt der Verkauf des Usus fructus. Der Käufer erhält nur die Ausübung des Usus fructus, nicht das Recht selber, und doch ist er ebenso geschützt, wie der Usufructuar selber. Resultat: man kann ein fremdes Recht ausüben und doch ebenso geschützt sein, wie derjenige, der das Recht als eigenes ausübt.

So hat sich mithin die Idee, daß das Besitzverhältniß in der Person desjenigen, der fremdes Eigenthum ausübt, den Charakter der Detention annehmen müsse, als eine völlig grundlose ergeben. Steht bei dem Cessionar und dem Käufer des Usus fructus der Umstand, daß sie ein fremdes Recht ausüben, der Uebertragung des Rechtsschutzes ihres Autors auf sie nicht im Wege, so ist nicht zu begreifen, warum es beim Besitz anders sein müsse, ja gerade der Besitz wäre von allen Rechtsverhältnissen am ersten dazu geeignet, auch im Fall der Ableitung desselben von einer andern Person des Rechtsschutzes theilhaftig zu werden, denn bei allen andern Verhältnissen muß derjenige, der das Recht eines Andern ausüben will, dasselbe in Bezug nehmen, beim Besitz ist dies nicht nöthig. Der Besitz beruht auf sich selber, der Besitzer hat nicht nöthig, anzugeben, woher er den Besitz hat, die bloße Thatsächlichkeit desselben genügt. Und gerade bei ihm soll ein Umstand einen hinderlichen Einfluß auf die Rechtsstellung ausüben, der ihm bei Rechten, bei denen der Schutz der Ausübung durch die Inbezugnahme des fremden Rechts bedingt ist, nicht zukommt? Der Gedanke ist ein zu widersinniger, als daß nicht jedes weitere Wort zur Widerlegung desselben ein verlorenes wäre.

Fragen wir jetzt, was schließlich vom animus domini übrig bleibt, so lautet die Antwort: Nichts! Es ist nicht wahr, daß der Besitz die Ausübung des Eigenthums enthält, der Besitz ist nur ein Mittel dazu, und dieselbe Function, die ihm beim Eigenthum zukommt, behauptet er auch bei allen andern

Rechten, welche zum Zweck ihrer Ausübung den Besitz erfordern. Und selbst wenn er auch lediglich die Ausübung des Eigenthums enthielte, was nicht der Fall ist, so ist es nicht wahr, daß für den Besitz, d. h. den Rechtsschutz desselben der Umstand, ob man eigenes: wirkliches, vermeintliches oder anmaßliches Eigenthum ausübt, einflußreich sein müßte, denn das römische Recht erkennt anderwärts auch demjenigen, der ein fremdes Recht ausübt, denselben Rechtsschutz zu, wie dem Berechtigten.

Damit ist meine Kritik des animus domini abgeschlossen. Vielleicht hat sie die Geduld des Lesers auf die Probe gestellt. Bei mir selber hat sie es im äußersten Maße gethan. Es ist für mich das unerquicklichste Stück wissenschaftlicher Arbeit, das ich in meinem ganzen Leben vollbracht zu haben glaube, und das innere Widerstreben dagegen, das mich jedes Mal befiel, wenn der Gedanke, meine Besitztheorie zu veröffentlichen, in mir auftauchte, trägt allein die Schuld, daß dieselbe so viele Jahre in der Feder stecken geblieben ist. Wäre es mir lediglich darauf angekommen, die Grundlosigkeit des Erfordernisses des animus domini darzuthun, ich hätte mir die Sache erheblich erleichtern können, ich hätte nur die Thatsache sprechen zu lassen brauchen, daß die Quellen desselben nirgends gedenken, und daß das römische Recht auch da Besitz eintreten läßt, wo es an dem Erforderniß fehlt (Satz 7). Aber darauf glaubte ich mich bei meiner Arbeit, welche darauf berechnet war, das Stück der römischen Besitztheorie, welches auf den Besitzwillen entfällt, vollständig, in allen Punkten und nach allen Richtungen hin zu erschöpfen, nicht beschränken zu dürfen. Ich mußte dem Irrthum auf den Grund gehen, nachweisen, wie er möglich geworden, wodurch er ins Leben gerufen, welche Irrwege er hat einschlagen, welche Untiefen durchwaten, welche Abgründe überspringen müssen, um das Ziel, das ihm von

Anfang an vorschwebte: constructive Rechtfertigung des Gegensatzes von Besitz und Detention, zu erreichen.

Siebenter Satz: In gewissen Verhältnissen hat das römische Recht aus besonderen Gründen von dem Erforderniß des animus domini abgesehen (abgeleiteter Besitz), es ist eine Singularität (S. 85).

Die Behauptung, daß der abgeleitete Besitz eine Singularität in sich schließe, ist durch nichts gerechtfertigt. Der einfache Thatbestand, an den wir uns zu halten haben, ist der: im römischen Recht finden sich Fälle, wo im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz, andere, wo Detention eintritt, eine Andeutung Seitens der römischen Juristen, daß erstere eine Singularität enthalten, ist nirgends zu entdecken. Eine Theorie, die zu dem entgegengesetzten Resultat gelangt, muß mithin in ihrem Ausgangspunkt verfehlt sein, eine Auffassung in das römische Recht hineintragen, die den römischen Juristen selber fremd war. Wir wissen, was sie dazu nöthigte: der abgeleitete Besitz muß eine Singularität enthalten, sonst ließe sich die Theorie des animus domini nicht aufrecht erhalten. Es ist dasselbe Muß einer vorgefaßten Idee, dem wir schon so oft begegnet sind, das aber hier ebenso wie dort an der einfachen Thatsache scheitert.

Ich veranschauliche den Weg, den die Subjectivitätstheorie bei der begrifflichen Bestimmung des Verhältnisses des abgeleiteten Besitzes zum Besitz eingeschlagen hat, durch einige Beispiele.

Behauptung: Zum Begriff eines Tisches gehören vier Beine. Einwand: es gibt auch Tische mit weniger oder mehr Beinen. Antwort: das sind „Irregularitäten, die ihre historischen oder praktischen Gründe haben", die uns aber nicht abhalten können, den Tischbegriff auf die Vierbeinigkeit zu stellen.

Behauptung: Die Usucapionsfrist beträgt drei Jahre. Einwand: bei unbeweglichen Sachen zehn. Antwort: das ist eine Ausnahme von der Regel.

Wie in dem letztgenannten Beispiele die drei und die zehn Jahre auf einer und derselben Linie stehen, ohne daß die eine dieser Zeitbestimmungen sich als Regel aufspielen dürfte, ebenso im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz und Detention. Hier wie dort ist die Regel von vornherein zweispältig angelegt. Beide Glieder stehen sich völlig gleich, nach der Auffassung der römischen Juristen ist das Moment des animus domini für den Besitzbegriff ebenso gleichgültig, wie die Vierbeinigkeit für den Tisch. Wer von vornherein den Begriff zu eng faßt, darf sich nicht wundern, wenn er auf Erscheinungen stößt, die zu ihm nicht stimmen, der Vorwurf der Begriffswidrigkeit, den er ihnen macht, fällt auf ihn selber zurück, der Fehler liegt nicht in den Dingen, sondern in dem Subject.

Die Aufstellung der Kategorie des abgeleiteten Besitzes enthält die Banquerotterklärung der Subjectivitätstheorie. Eine Regel verträgt Widerspruch d. i. Ausnahmen, ein Begriff nicht. Wäre das Erforderniß des animus domini bloß als Regel aufgestellt, so würden sich damit die Fälle, wo ohne ihn Besitz angenommen wird, vollkommen vertragen. Aber es ist aufgestellt als Begriffsmoment, der Begriff des Besitzes, das Wesen, die Natur der Sache, und was man sonst für Wendungen gebraucht hat (S. 255—257), soll den animus domini oder rem sibi habendi mit Nothwendigkeit mit sich bringen, der Besitz ohne animus domini wird für begrifflich unmöglich erklärt [1]). Und doch ist er wirklich! Damit ist Alles gesagt.

1) Savigny selber erkennt (S. 120) ausdrücklich an, daß in dem abgeleiteten Besitz „eine Abweichung von dem ursprünglichen Begriff des Besitzes liegt".

Aber selbst für das Begriffswidrige fehlt es dem Juristen, der sich auf das Construiren versteht, nicht an einem Gesichtspunkt, der das juristische Denken mit ihm auszusöhnen vermag [1]). Einen solchen bietet uns hier Savigny: „Der Besitz wird als Recht betrachtet und ist insofern einer Veräußerung fähig, deßwegen kann der eigentliche, ursprüngliche Besitzer das Recht des Besitzes auf den übertragen, welcher für ihn das Eigenthum ausübt (S. 119). Der animus possidendi, welcher bei dem ursprünglichen Besitz als animus domini gedacht werden müßte, geht bei dem abgeleiteten auf das von dem bisherigen Besitzer übertragene jus possessionis."

Diese Erklärung schießt, wie es so häufig mit derartigen Nothstandserklärungen der Fall ist, über die Nothlage, aus der sie retten soll, hinaus. Denn wenn der Eigenthümer das jus possessionis auf denjenigen übertragen kann, dem der animus domini abgeht, so ist damit der Weg gewiesen, die ganze Besitztheorie aus den Angeln zu heben. Mittelst der Uebertragung des jus possessionis mache ich der Detention den Garaus, sie gewährt mir die Möglichkeit, den animus domini seines Dienstes zu entlassen. Wozu soll der wirkliche, vermeintliche, anmaßliche Eigenthümer seinen Willen noch erst auf Ausübung des eigenen Eigenthums richten? Er kommt damit aus, daß er ihn auf das jus possessionis richtet.

Savigny will der Gefahr, welche diese Möglichkeit der Uebertragung des jus possessionis in sich schließt, durch die Bemerkung (S. 120) vorbeugen, daß der abgeleitete Besitz nur

1) Für Savigny trifft dies in dem Maße zu, daß er (S. 118) in dem Besitz des Emphyteuta nur „eine scheinbare Inconsequenz" erblickt, die er an späterer Stelle „aufzulösen" verspricht. Allein der historische Gesichtspunkt, den er dort (§ 12a) dafür beibringt, (ager publicus und vectigalis), hat mit der Frage von der juristischen Inconsequenz, der begrifflichen Abnormität dieses Besitzes nicht das Mindeste zu schaffen.

da angenommen werden dürfe, wo ihn das positive Recht ausdrücklich anerkenne. Dabei geräth er mit sich selber in Widerspruch. Auf S. 119 erfahren wir, daß die Natur des Besitzes als eines Rechts die Uebertragbarkeit des jus possessionis mit sich bringe, sie wird als nothwendige Consequenz desselben deducirt. Eine Seite später nimmt dieser rationelle Satz den Charakter eines positiven an, dem keine weitere Geltung zugeschrieben werden dürfe als diejenige, welche das römische Recht ihm ausdrücklich zuerkannt habe, nämlich nur für die von demselben namhaft gemachten Fälle des abgeleiteten Besitzes. Den Beweis, daß seine Geltung darauf beschränkt ist, was auch ich annehme, freilich aus anderen Gründen als Savigny, ist er schuldig geblieben, und es ist gar nicht abzusehen, warum die Römer, wenn es mit dem ihnen von Savigny untergelegten Gedanken der rechtlich zulässigen Uebertragung des jus possessionis seine Richtigkeit hätte, denselben auf die genannten Verhältnisse hätten beschränken sollen.

An Stelle Savigny's, der davor zurückschreckt, die Consequenzen seiner eigenen Idee zu ziehen, haben Andere es gethan (S. 202—235). Nach ihrer Ansicht hängt es ganz von der Vereinbarung der Parteien ab, ob sie im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz oder Detention eintreten lassen wollen.

Damit gelangen wir zu dem letzten vorgeschrittensten Punkt innerhalb der Subjectivitätstheorie.

Achter Satz: freie Selbstentscheidung des Willens über Besitz und Detention. Wir haben bereits früher (S. 230) Gelegenheit gehabt, uns mit der Ansicht auseinanderzusetzen und können hier darauf Bezug nehmen. Der Besitz ist dadurch zu einem Spielball der Willkür der Parteien gemacht worden, an Stelle der objectiven Rechtsbestimmung ist das souveräne subjective Belieben gesetzt. Die ganze Anweisung, welche der Gesetzgeber über Besitz und Detention ertheilt, läßt

sich in den Satz zusammenfassen: macht damit, was Ihr Lust habt — es ist die Anarchie als Rechtsprincip.

Das also ist der Endpunkt, bei dem die Subjectivitätstheorie schließlich anlangt und anlangen mußte. Von allen Schritten, die sie auf ihrer Bahn gethan hat, ist dies der einzige, der sich vom rein begrifflichen Standpunkt aus nicht bemängeln läßt, er enthält die volle, unabweisbare Consequenz aller vorangegangenen: den Sprung in den Abgrund. Wir müssen es denjenigen, welche vor diesem letzten Schritt nicht zurückbebten, Dank wissen — wer nicht blind ist, dem müssen dadurch die Augen geöffnet werden. Eine juristische Theorie, die durch die Consequenz ihrer selber in den Abgrund geführt wird, hat sich dadurch selber gerichtet.

XV.

Die Theorie der römischen Juristen.

Die Gestalt, welche die Besitzlehre im römischen Recht an sich trägt, ist eine außerordentlich einfache. Ueberall, wo der äußere Thatbestand des Besitzverhältnisses vorliegt: corpus und animus in dem früher (IV) von mir entwickelten Sinne, tritt Besitz ein, so weit nicht ein Verhältniß vorhanden und nachweisbar ist, mit dem das Recht lediglich Detention verbunden hat. Das subjective Verhalten des Inhabers ist dafür gänzlich gleichgültig. Sein Wissen. Er erhält Besitz, wo er Detention, und Detention, wo er Besitz zu erhalten glaubt — seine irrige Meinung hat nur die Bedeutung eines Rechtsirrthums, der hier ebenso einflußlos ist, wie anderwärts. Auch für den Besitz gilt die Regel plus est in re, quam in existimatione mentis, die objective Rechtsregel bestimmt die Folgen, welche sich an den Rechtsakt knüpfen, unabhängig vom Meinen der Partei (S. 291). Sein Wollen. Sein Wille ist der Rechtsregel gegenüber, welche die Frage von Besitz und Detention ein für alle Mal fest geordnet hat, gänzlich machtlos, es entsteht Detention, auch wenn der Wille auf Besitz, und Besitz, auch wenn derselbe auf Detention gerichtet war. Allerdings soweit für einen und denselben Geschäftszweck zwei Formen bestehen, von denen die eine mit Besitz, die andere mit Detention verbunden ist, wie bei der Stellvertretung, ist die

Besitzfrage in den Willen der Person gestellt, aber nicht unmittelbar als solche, sondern nur mittelbar als eine an die Wahl der einen oder andern sich anreihende Folge, es ist das oben (S. 288) ausgeführte Verhältniß von f zu a.

Die rechtliche Gestaltung des Gegensatzes von Besitz und Detention steht demnach auf einer und derselben Linie mit der des Gegensatzes von Besitz und Eigenthum. Die beste Parallele gewährt das quiritarische und bonitarische Eigenthum: eine Spaltung innerhalb desselben Instituts, hier des Eigenthums, dort des Besitzes. Ob Jemand quiritarischer oder bonitarischer Eigenthümer ward, bestimmte sich nicht nach seinem Willen, sondern nach der Rechtsregel. Ließ er sich die res mancipi mancipiren, so ward er ersteres, er mochte es wollen oder nicht, ließ er sie sich bloß tradiren, so letzteres. Ebenso beim Besitz. Pfandgläubiger, Emphyteuta u. s. w. werden Besitzer, Pächter, Miether u. s. w. Detentoren, sie mögen es wollen oder nicht. Dadurch hat das Besitzinstitut im römischen Recht dieselbe Bestimmtheit, Festigkeit, Sicherheit, leichte Anwendbarkeit, dieselbe Unabhängigkeit vom subjectiven Meinen und Wollen der Parteien erlangt, wie alle anderen Rechtsinstitute.

Die hier angegebene Gestalt der Sache hat schon in einer Regel der altrömischen Jurisprudenz ihren Ausdruck gefunden, es ist die bekannte Regel: Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest, d. h. der Wille ist der causa possessionis gegenüber machtlos. Ich halte es nicht für angemessen, meine Darstellung der Theorie der römischen Juristen mit dieser Regel zu beginnen, ich verspare sie mir bis zuletzt, um das richtige Verständniß derselben erst durch den Nachweis vorzubereiten, daß die römischen Juristen sich bei ihren Entscheidungen concreter Besitzfälle durch sie haben leiten lassen.

Also die Casuistik der Besitzfrage innerhalb der römischen

Jurisprudenz. Es ist die letzte von den vielen Proben, denen wir hier die Subjectivitätstheorie unterwerfen, und sie wird die in letzter Instanz entscheidende sein. Selbst derjenige, an dem alle anderen eindruckslos vorübergegangen sind, wird sich der Autorität der Quellen zu fügen haben. Einige der wichtigsten der hier in Betracht kommenden Stellen sind bereits früher gelegentlich in Bezug genommen worden [1]), erst hier, wo sie in Verbindung mit dem gesammten übrigen Material von neuem auftreten, werden sie im Stande sein, ihre volle Beweiskraft zu entfalten.

Ein Freier, der für einen Sklaven gehalten wird (liber bona fide serviens), kauft eine Sache. Er glaubt nicht anders, als daß Besitz und Eigenthum dem Herrn zufällt. Gleichwohl spricht Pomponius in l. 21 pr. de A. R. D. (41. 1) ihm selber Besitz und Eigenthum zu: „ipsius fieri". Warum? Das fälschlich vorausgesetzte Hinderniß in seiner Person: die herrschaftliche Gewalt, unser — n (S. 65, 66) existirt nicht, der Thatbestand a + c (S. 53) tritt in volle Wirksamkeit, d. h. es entsteht Besitz.

Vom Standpunkt der Subjectivitätstheorie, sagen wir: nach Savigny [2]) müßte ihm der Besitz abgesprochen werden, da es ihm an dem animus domini oder rem sibi habendi fehlt. So entscheidet auch Paulus in l. 1 § 6 h. t., und er konnte nicht anders, wenn er das von ihm aufgestellte Erforderniß des animus possidentis aufrecht erhalten wollte.

---

1) Die l. 21 de A. R. D. (41. 1) und l. 44 § 4 de usurp. (41. 3) S. 66, die l. 21 ibid. S. 73, die l. 13 de donat. (39. 5) S. 204.

2) Derselbe citirt die Stelle (S. 309) für den Satz, „daß der Eigenthümer durch den Sklaven oft gar keinen Besitz erwerbe", aber die Entscheidung derselben in Bezug auf den liber bona fide serviens, die mit seiner Theorie nicht stimmte, läßt er unberücksichtigt. Ganz ebenso macht er es mit der mit seiner Theorie gänzlich unvereinbaren, unten zu erörternden l. 21 de usurp. (41. 3).

Der Gegensatz zwischen der objectiven Behandlungsweise der Besitzfrage seitens der übrigen Juristen und der subjectiven von seiner Seite tritt hier schlagend zu Tage.

Ein Haussohn, dessen in der Fremde weilender Vater verstorben ist, ohne daß er Kunde davon erhalten hat, kauft eine Sache. Wie verhält es sich mit seinem Besitzverhältniß? Nach Savigny kann er nur Detention erhalten, da er als vermeintlicher Haussohn nicht den animus rem sibi habendi hat. Papinian spricht ihm in l. 44 § 4 de usurp. (41. 3) den Besitz zu: „quamvis eum se per errorem esse arbitraretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit". Warum? Mit dem Moment, wo sein Vater starb, ist er Hausvater geworden, das — n, welches seinem Besitz bisher entgegenstand: die väterliche Gewalt ist hinweggefallen. Ob er darum weiß oder nicht, ist vollkommen gleichgültig, es tritt die Regel in Geltung: plus est in re quam in existimatione mentis, d. i. der objective Thatbestand entscheidet, das subjective Meinen ist einflußlos. Nach Savigny wäre dieser Umschlag der Detention in Besitz ohne die mindeste Veränderung im Wissen und Wollen undenkbar, derselbe könnte erst von dem Moment an datiren, wo der Haussohn Kunde vom Tode des Vaters erhielt. Savigny findet sich mit der Stelle (S. 126) durch die Bemerkung ab: „es scheint etwas Besonderes zu sein, daß der pater familias, der sich für einen filius familias hält, besitzen kann". Etwas Besonderes für den Haussohn? Für den vermeintlichen Sklaven gilt dem Obigen nach ganz dasselbe, und wir werden sofort noch andere derartige „Besonderheiten" kennen lernen. Die Andeutung einer Besonderheit ist in der Stelle von Papinian so wenig enthalten, daß er gerade umgekehrt die Frage aufwirft: cur non capiat usu? d. h. es versteht sich von selbst. Kann aber der vermeintliche Haussohn usucapiren, so ergibt

sich daraus, daß er besitzt. Also bei ihm ebenso wie beim vermeintlichen Sklaven Besitz ohne Wissen und Wollen.

In § 7 derselben Stelle behandelt Papinian die Frage: wie verhält es sich mit dem Besitz des Haussohns, in der Zwischenzeit, wenn der Vater in feindlicher Gefangenschaft stirbt. Die Antwort, die er darauf ertheilt, lautet: „quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et possedisse sibi et usucepisse intelligi". Also abermals Besitz zu einer Zeit, wo es dem Besitzenden am animus possidentis fehlte. Nach einer bekannten Rechtsregel war der Haussohn bereits vom Moment der Gefangennahme an Hausvater geworden, das Hinderniß, welches die väterliche Gewalt seinem Besitz entgegenstellte, war beseitigt, nach unserer Formel mußte mit dem Wegfall von — n sich y in x verwandeln.

Zu diesen drei dem häuslichen Detentionsverhältniß entnommenen Fällen kommt als vierter noch der oben (S. 68 fl.) besprochene hinzu: die mit dem Tode des Hausvaters eintretende Verwandlung der bisherigen Detention der sui heredes in Besitz. Ist meine dortige Deduction richtig, so ergibt sich daraus, daß die sui heredes selbst dann Besitz erhalten, wenn sie vom Tode des Vaters nicht die mindeste Kunde haben. Um keinen Stoff zu einer nutzlosen Polemik zu bieten, erkläre ich hiermit, daß dieser problematische Fall, wenn er auf Widerspruch stoßen sollte, unter meinen Beweisargumenten gar nicht mitzählen soll. Wer mich widerlegen will, der halte sich an die drei erstgenannten und die folgenden Fälle.

Zu den Fällen des häuslichen Detentionsverhältnisses füge ich folgende des contractlichen hinzu.

Der erste ist der des direkten Stellvertreters, der den Besitz für sich erwerben will. Derselbe erhält nach l. 13 de

donat. (39. 5) von Ulpian[1]) Detention, trotzdem daß sein Wille auf Besitz gerichtet war. Savigny (S. 306) erblickt darin eine Ausnahme — abermals „etwas Besonderes" — die nur bei der Tradition gelten solle, hier entscheide die Absicht des Tradenten. Welche Bewandtniß es mit dieser Beschränkung hat, habe ich früher (S. 205 Anm. 2) gezeigt, was mich hier aber nicht kümmert, ich halte mich einfach an den Fall der Tradition. Savigny selber hat gefühlt, daß die Entscheidung Ulpians zu seiner Theorie nicht stimmt. Er erblickt in ihr eine Ausnahme, das heißt mit anderen Worten: sie ist mit seiner Theorie unverträglich.

Der zweite Fall ist der der l. 21 de usurp. (41. 3) von Javolenus: „ei, a quo fundum pro herede diutius capturus eram, locavi eum". Der Jurist wirft die Frage auf, ob die usucapio pro herede durch die Verpachtung, die hier: „quia dominus suam rem conduxisset", als nichtig anzusehen war, unterbrochen werde. Nach Savigny ist nicht abzusehen, was die Nichtigkeit des Pachtcontracts mit der Besitzfrage zu schaffen haben soll. Der Pächter hat den Willen, für den Verpächter zu besitzen, ob er zugleich Eigenthümer ist, kann nach Savigny nicht in Betracht kommen, er weiß ja davon nichts, sein Besitzwille ist derselbe, wie der eines jeden anderen Pächters: der animus alieno nomine detinendi. Er will den Besitz gar nicht, wie kann man ihm denselben zusprechen? Vom Standpunkt der Subjectivitätstheorie aus allerdings nicht, vom Standpunkt der Objectivitätstheorie ergibt es sich als unabweisbare Consequenz. Das vermeintliche Hinderniß, welches dem Besitz in der Person des Pächters entgegensteht: das Pachtverhältniß existirt juristisch nicht, das — n

1) Ich halte mich an diese völlig zweifellose Stelle, über die übrigen s. Savigny, a. a. O.

fällt hinweg, der Thatbestand a + c tritt in sein volles Recht, der Pächter ist Besitzer. Allerdings sagt der Jurist letzteres nicht mit dürren Worten, allein es ergibt sich daraus, daß er dem Verpächter den Besitz abspricht. Wäre er der Ansicht gewesen, daß mit dem Besitzverhältniß des Pächters keine Veränderung vor sich gehe, so wäre sein Schluß, daß der Verpächter den Besitz verliere (sequitur ergo, ut ne possessionem quidem [1]) locator retinuerit) grundlos gewesen. Dem Verpächter konnte der Jurist nur unter der Voraussetzung den Besitz absprechen, wenn er ihn dem Pächter zuerkennen wollte, denn wenn letzterer Detention erhalten sollte, so würde durch ihn als seinen Detentor der Verpächter den Besitz behalten haben.

Der dritte Fall. Der Pächter stirbt, und sein Erbe, der von dem Pachtverhältniß nichts weiß, vielmehr der Meinung ist, daß das Grundstück seinem Erblasser gehöre, setzt sich in Besitz desselben. Wie ist sein Besitzverhältniß zu bestimmen? Nach Savigny ist ihm Besitz zuzusprechen, da er den animus domini hat, nach Labeo in l. 60 § 1 Loc. (19. 2) erhält er Detention:

> Heredem coloni, quamvis colonus non est [2]), nihilo minus domino possidere existimo.

---

1) Die Wendung ne quidem implicirt stillschweigend einen Gegensatz, es ist der des Besitzes zur Obligation. Der Gedankengang des Juristen ist folgender: da der Pachtcontract nichtig ist, so hat der Verpächter weder einen obligatorischen Anspruch, noch behält er auch nur den Besitz.

2) Was sollen diese Worte bedeuten? Versteht man sie einfach, wie sie lauten, so sagen sie aus, daß das Pachtverhältniß zur Zeit des Labeo durch den Tod des Pächters gelöst wurde, und so verstehe ich sie und, wie ich glaube, in Uebereinstimmung mit der altrömischen Auffassung des Pachtverhältnisses (S. 122), welche auf die Persönlichkeit des Pächters ein entscheidendes Gewicht legte. Die Glosse trägt hinein: post finitam conductionem, d. h. wenn die Pachtzeit mit dem Tode des Pächters abgelaufen war, wozu aber die Stelle gar keinen Anlaß bietet. Die späteren Schrift-

Allerdings sagt Labeo nichts davon, daß der Erbe vom Pachtverhältniß keine Kunde hatte. Allein wenn es auf dessen Kenntniß angekommen wäre, hätte er dieses Umstandes gedenken müssen. Indem er es nicht thut, sondern schlechthin die Behauptung aufstellt: heredem domino possidere, gibt er damit zu erkennen, daß es auf irgend welche andere Umstände gar nicht ankommt. Daß Jemand auf Namen eines Andern detiniren kann, ohne es zu wissen, ist bekannt. Wer von einem Pächter, der sich als Eigenthümer aufspielt, das Grundstück pachtet, ohne von dem wirklichen Sachverhältniß Kunde zu haben, detinirt nicht auf Namen seines, sondern des ursprünglichen Verpächters [1]). Ganz dasselbe tritt ein, wenn

---

steller haben sich an der Frage vorbeigeschlichen. Die Compilatoren der Pandekten hätten den Passus, da er sich mit dem spätern Recht nicht verträgt, gar nicht aufnehmen sollen; aber er ist selbst in die Basiliken 20, 1, 60 übergegangen.

Daß die altrömische Behandlungsweise eine praktische Berechtigung haben muß, ergibt sich daraus, daß die Verfasser des preußischen Landrechts, sicherlich ohne von dem Vorgang des altrömischen etwas zu wissen, den darin sich ausprägenden Gedanken der an die Persönlichkeit des Pächters geknüpften Natur des Pachtverhältnisses wieder aufgenommen haben. In Bezug auf den Einfluß des Todes des Pächters haben sie ihm allerdings engere Gränzen gesetzt, als das altrömische, nach einer anderen Seite sind sie über dasselbe hinausgegangen (Verbot der Afterpacht — Gleichstellung des Mieth- mit dem Pachtverhältniß) L. R. I 21 § 309, 315, 366 fl. Ob die Stellung, welche der Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuches zu der Frage genommen hat (§ 516, 526, 538), Billigung verdient, scheint mir zweifelhaft, ich meine, man hätte dem meiner Ansicht nach sehr gesunden Gedanken des preußischen Rechts mehr Rechnung tragen sollen. Obschon selber Romanist, sympathisire ich doch in diesem Punkt mehr mit dem preußischen, als mit dem römischen Recht, und ich will mit dem Geständniß nicht zurückhalten, daß ich es den Verfassern des preußischen Rechts zum hohen Verdienst anrechne, daß sie hier ebenso wie bei der Besitzesfrage in Bezug auf Pächter und Miether sich in der unbefangenen, unseren heutigen Bedürfnissen entsprechenden Würdigung der Verhältnisse durch das romanistische Dogma nicht haben beirren lassen.

1) l. 25 § 1, l. 30 § 6 h. t.

der Commodatar oder Depositar die Sache weiter commodirt oder deponirt, der zweite Commodatar, Depositar detinirt auf Namen des ursprünglichen Commodanten oder Deponenten, ohne von ihm zu wissen [1]). Der animus domini in der Person des Erben im obigen Fall ist ebenso gleichgültig, wie in dem Fall, wenn der Pächter das Grundstück verkauft und vom Käufer pachtet [2]), der animus domini in der Person des Käufers, das bisherige Besitzverhältniß dauert so lange fort, als es nicht äußerlich aufgehoben wird, d. h. so lange der anmaßliche Besitzer den Besitzeshandlungen des bisherigen nicht einen thatsächlichen Widerstand entgegensetzt, den Grund habe ich früher (S. 209) angegeben.

Geben wir demjenigen, was uns die bisherige Casuistik vorgeführt hat, abstracten Ausdruck, so ist es der Satz:

> Einflußlosigkeit des subjectiven Besitzwillens gegenüber der objectiven Rechtsregel.

Aus den einzelnen Fällen, die wir im Bisherigen haben kennen lernen, setzt sich folgendes Schema zusammen.

1. Besitz, wo der Besitzwille (im Sinne der Subjectivitätstheorie) auf Detention gerichtet war.

a) Häusliches Detentionsverhältniß.

l. 21 de A. R. D. (41. 1): der liber bona fide serviens.

l. 44 § 4, 7 de usurp. (41. 3): der Haussohn, dessen Vater gestorben.

b) Das contractliche Detentionsverhältniß.

l. 21 de usurp. (41. 3): der Eigenthümer, der unwissentlich die eigene Sache pachtet.

---

1) l. 30 § 6 h. t.

2) l. 32 § 1 h. t.

2. Detention, wo der Wille (im Sinne der Subjectivitätstheorie) auf Besitz gerichtet war.

l. 13 de donat. (39. 5): der Stellvertreter, der für sich erwerben will.

l. 60 § 1 Loc. (19. 2): der Erbe des Pächters.

Damit ist meines Wissens das casuistische Material, welches unsere Quellen darbieten, erschöpft, aber dieselben stellen uns noch eine Reihe anderer Argumente zur Verfügung, welche über die Art, wie die römischen Juristen sich das Verhältniß des Willens beim Besitz gedacht haben, keinen Zweifel übrig lassen. Ich stelle sie nummerweise zusammen.

1. Ausdrückliche Anerkennung der Unselbständigkeit des Besitzverhältnisses gegenüber dem Causalmoment.

Ein schlagendes Zeugniß gewährt die bereits oben in casuistischer Beziehung verwandte l. 21 de usurp. (41. 3) von Javolenus. Nachdem er die Richtigkeit des Pachtcontractes hervorgehoben hat, reiht er daran die Worte: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit. Ich meine, man braucht nur auf diese Worte aufmerksam gemacht zu werden, um inne zu werden, wie die römischen Juristen sich das Verhältniß des Besitzes zur causa gedacht haben. Die Besitzfrage als solche braucht gar nicht aufgeworfen zu werden, steht das Contractsverhältniß fest, so auch das Besitzverhältniß, der Wille des Besitzenden kommt nicht in Betracht, mit seiner Richtung auf das Rechtsgeschäft ist auch die Frage, welche sich für den Besitz daran knüpft, entschieden, die Besitzfrage ist eine bloße Folge (sequitur ergo) des Contractsverhältnisses. Damit ist alles gesagt.

Dieselbe Vorstellung, welche wir hier bei Javolenus dargethan haben: die Abhängigkeit des Besitzverhältnisses, oder

concreter: der Detention vom Pachtcontract, liegt auch folgenden Stellen zu Grunde, die für sich selber sprechen mögen.

l. 16 de peric. (18. 6) .. possessio per locationem retinetur.

l. 37 de pign. act. (13. 7) .. per locationem retineo possessionem.

l. 1 Cod. Comm. de usuc. (7. 30) qui ex conducto possidet.

l. 19 h. t. Qui .. conduxit .. in promptu est, ut possidere desierit.

l. 21 § 3 ib. Qui alienam rem precario rogavit, si eandem a domino conduxit, possessio ad dominum revertitur.

l. 33 § 6 de usurp. (41. 3) .. conductio idem praestet, quod si apud creditorem res esset.

2. Aus dieser Abhängigkeit des Besitzverhältnisses vom Causalmoment ergibt sich, daß, wenn letzteres zur Zeit noch unentschieden ist, auch ersteres es ist.

Beispiele dafür gewähren die l. 38 § 1 und l. 42 § 1 h. t. Die erste Stelle spricht von der bedingten Tradition.

> Si quis possessionem suam ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit; ... Hoc amplius existimandum esse, possessiones sub conditione tradi posse.

In der Zwischenzeit hat also der Empfänger lediglich Detention, den Besitz erhält er erst mit Eintritt der Bedingung. Aber wie, wenn sie eingetreten ist, ohne daß er es weiß? Nach Savigny müßte er erst Kunde davon erhalten, damit sich sein bisheriger animus detinendi in den animus domini umwandeln könne. Nach l. 2 § 2 pro emt. (41. 4) tritt sofort

Besitz ein: contra si extitit et ignoret ... usucapere eum, der Beginn der Usucapion hat die Verwandlung der bisherigen Detention in Besitz zur Voraussetzung.

Die zweite Stelle spricht von dem negotiorum gestor, der für einen Andern eine Sache kauft. So lange letzterer das Geschäft nicht genehmigt hat, besitzt er selber (XVII), genehmigt er, so verwandelt sich sein Besitz in Detention, wie im obigen Fall Detention in Besitz.

3. Sind zwei Besitzrechtsgeschäfte abgeschlossen, von denen das eine mit Besitz, das andere mit Detention verbunden ist, so entscheidet das zuletzt abgeschlossene, ohne daß die Besitzfrage als solche aufgeworfen zu werden brauchte.

l. 10 h. t.

4. Die Vereinbarung, daß der Pächter oder Miether Besitz erhalten solle, ist ungültig.

Mit dürren Worten ist dieser wichtige Satz nirgends ausgesprochen, aber er ergibt sich aus l. 10 § 2 h. t. Die Stelle behandelt den Fall, daß Jemand einen Pachtcontract und ein auf Ueberlassung des Besitzes gerichtetes Prekarium abgeschlossen hat. Der Jurist erklärt die letztere Vereinbarung nur unter der Voraussetzung für gültig, wenn bloß ein Scheinpachtcontract abgeschlossen ist: si nummo uno conduxit, hier stehe der Pachtcontract dem Besitz nicht entgegen .. quia conductio nulla est, quae est in uno nummo. War dagegen der Pachtcontract ein ernstlicher, so gilt dasjenige von beiden Geschäften, welches zuletzt abgeschlossen ist. Ueber die Frage, wenn beide gleichzeitig abgeschlossen waren, gibt der Jurist uns keine Auskunft. Bei dem Gewicht, das er darauf legt, ob der Pachtcontract bloß ein Scheingeschäft war, werden wir annehmen dürfen, daß der Pachtcontract den Ausschlag gegeben hat, die Vereinbarung: ut possideret demnach als unwirksam angesehen worden ist.

In l. 37 h. t. behandelt Marcianus den Fall, daß der Verpfänder das in den Besitz des Pfandgläubigers übertragene Grundstück oder Haus von ihm pachtet oder miethet, was nichts Befremdendes hat, man kann sich ja denken, daß der Pacht- oder Miethzins die Stelle der Geldzinsen des Kapitals vertreten soll. Aber auffallend ist die Angabe, welche der Jurist über die Vereinbarung der Parteien macht:

> ... re a creditore conducta convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, aedibus autem pro inquilino sit; per eos creditor possidere videtur.

Wozu noch diese Vereinbarung über das Besitzverhältniß? Sie verstand sich ja von selbst. Und wozu die Wendung: pro colono, pro inquilino? Ich finde darauf keine andere Antwort als die: der Pfandgläubiger wollte dem Pfandschuldner nur die Detention einräumen, und der Pacht- oder Miethcontract ward nur herangeholt, um sie im Wege Rechtens herbeizuführen, es war nicht sowohl auf ihn selber, als auf seine besitzrechtliche Wirkung abgesehen. In diesem Sinne haben die Verfasser der Basiliken (50, 2, 37) die Vereinbarung aufgefaßt:

> δι' ἐμοῦ τὴν ἐπ' ἀσφάλειαν νομὴν ἔχει ὁ δανειστής
> per me possessionem securitatis causa habet creditor.

Die Vereinbarung ist getroffen: securitatis causa. Heißt das: um dem Pfandgläubiger die Stellung des Besitzers zu verschaffen? Es bietet sich ein anderer Erklärungsgrund dar, den Gajus II § 60 an die Hand gibt. Bei der fiducia cum creditore stand dem Schuldner, wenn er die Sache besaß, auch im Falle unterbliebener Zahlung, die usu receptio zu: si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceat. Nehmen

wir an, daß Marcianus in der Stelle von der fiduciarischen Verpfändung gesprochen hat, was alle Wahrscheinlichkeit für sich hat, da der Pfandgegenstand eine unbewegliche Sache war, und die hier vorausgesetzte Tradition derselben an den Gläubiger (re pignoris nomine data et possessione tradita) sinnlos gewesen wäre, da die hypothekarische Verpfändung für den Zweck ausreichte, nehmen wir dies an, was auch durch die die Hand der Compilatoren verrathende Wendung: cum hypothecam dedisset bestätigt wird, so ist einleuchtend, warum der Gläubiger den Pacht- oder Miethcontract abschloß und sich der angegebenen ängstlichen Wendung bediente. Es geschah securitatis causa, d. i. nicht der factischen, sondern der rechtlichen Sicherheit willen, um nämlich die usu receptio auszuschließen. Der Pacht- und Miethcontract war hier nicht um seiner selbst willen abgeschlossen, sondern lediglich, um die an ihn geknüpfte besitzrechtliche Wirkung: das Detentionsverhältniß zu begründen. Hätte das alte Recht die Vereinbarung, daß der Verpfänder auf Namen des Gläubigers detiniren solle, in dieser abstracten Gestalt für möglich gehalten, so hätte es nicht den Abschluß des Pacht- oder Miethcontractes anzuordnen brauchen. Daraus, daß es dies nicht gethan hat, ergibt, daß ihm diese Vorstellung fremd war, es kannte die Detention nicht als solche, sondern nur als Folge eines Rechtsverhältnisses, des häuslichen oder contractlichen.

5. Im neuern Recht, wo die fiduciarische Verpfändung verschwunden ist, nimmt die Miethe oder Pacht der verpfändeten Sache, die öfters in den Quellen erwähnt wird [1]), eine andere Gestalt an: der Pfandschuldner, der bei der Fiducia die ins Eigenthum des Pfandgläubigers übergegangene Sache

1) Außer der l. 37 cit. l. 35 § 1, l. 37 de pign. act. (13. 7).

miethete, miethet hier seine eigene Sache. Wie verträgt sich das mit der Theorie des animus domini? Der Verpfänder hat als Eigenthümer den animus domini, den Willen, eigenes Eigenthum auszuüben, als Pächter oder Miether den animus alieno nomine detinendi, den Willen, fremdes Eigenthum auszuüben. Wie soll er sich in dieser Lage, wo zwei animi in seiner Brust sich in den Haaren liegen, verhalten? Er mag sich bei den Vertheidigern der Subjectivitätstheorie Raths erholen.

6. In der l. 28 h. t. von Tertullian stoßen wir auf einen Besitzer, bei dem es mit dem animus seltsam bestellt ist, der Mann weiß selber nicht, ob er besitzt oder detinirt: refert, utrum sciam me possidere an ignorem. Nach der Objectivitätstheorie hat dies durchaus nichts Befremdendes, denn ihr zufolge hängt die Besitzfrage an der causa, ist letztere zur Zeit noch unentschieden (S. 351 Nr. 2) oder ist sie vorhanden, ohne daß der Besitzer darum weiß (S. 343—346), so ist der Fall da. Nach der Subjectivitätstheorie, der zufolge der Besitzwille „Sache der freien Entschließung des Besitzers ist" (S. 202), wäre es gar nicht zu begreifen, wie Tertullian diesen Fall als möglich setzen und einer ernstlichen Erwägung unterwerfen konnte. Wie kann Jemand über sein Besitzverhältniß zweifeln, wenn es ganz von ihm abhängt, den Charakter desselben zu bestimmen? Ein Zweifel ist nur möglich, wenn die Entscheidung nicht von ihm, sondern von der causa abhängt, diese aber zur Zeit noch unentschieden ist.

7. Hinge der Gegensatz zwischen Besitz und Detention an der Verschiedenheit des Besitzwillens, so hätten die römischen Juristen es gar nicht umgehen können, diesen Kardinalpunkt der ganzen Lehre in eingehendster Weise zu erörtern, sie hätten dann nicht bloß den begrifflichen Unterschied in abstracto darlegen, sondern in derselben Weise, wie sie es bei

der Lehre von der Novation gethan haben, die Kriterien seiner Erkennbarkeit in concreto angeben, Präsumtionen aufstellen, kurz, über die Beweisfrage beim animus, die, wie früher (IX) dargethan, mit den größten Schwierigkeiten verbunden ist, Rede und Antwort stehen müssen. Von alledem ist nichts wahrzunehmen. Kein Versuch zu einer Bestimmung dieses fundamentalen Gegensatzes, auf dem die ganze Besitzeslehre auferbaut sein soll, keine Angabe, ja auch nicht die leiseste Andeutung über den Beweis des Besitz- und des Detentionswillens. Außer bei Paulus, über den seiner Zeit (XIII) schon das Nöthige gesagt ist, ist in unseren Quellen keine sichere Spur des animus possidentis zu entdecken (S. 270), selbst bei einer Gelegenheit, wo er, wenn die übrigen römischen Juristen ihn gekannt hätten, unabweisbar hätte zu Tage treten müssen: bei den Fällen des abgeleiteten Besitzes ist kein Lebenszeichen von ihm zu entdecken. Auch die Sprache, in der er sich doch am ersten hätte ausprägen müssen, weiß nichts von ihm, nirgends kommen die heutigen technischen Ausdrücke: animus rem sibi habendi, domini oder irgend ein anderer dafür vor, und selbst bei dem Erfinder des animus possidentis, bei Paulus geht die Unbefangenheit in sprachlicher Beziehung so weit, daß er in l. 1 § 3 h. t. für den animus desjenigen, der für sich besitzen will, den Ausdruck: affectio tenendi, in § 9 daselbst für die Fähigkeit desjenigen, der für einen Andern besitzen will, den Ausdruck: intellectus possidendi gebraucht.

Unser Resultat ist also: vollendetes Schweigen sämmtlicher römischen Juristen mit alleiniger Ausnahme des Paulus über das Erforderniß eines besonderen Besitzwillens für Besitz und Detention d. i. über den Grundgedanken, auf dem der Subjectivitäts-Theorie zufolge der ganze Gegensatz zwischen Besitz und Detention beruhen soll. Brauche ich noch erst dar-

zulegen, wie centnerschwer dieses negative Argument in die Wagschaale fällt? Welcher schweren didaktischen Sünde hätten sich die römischen Rechtslehrer schuldig gemacht, wenn sie ihren Zuhörern, denen die Kenntniß des Gegensatzes im Besitzwillen doch nicht angeboren war, kein Sterbenswörtchen darüber gesagt hätten, welcher unverantwortlichen Unterlassungssünde in praktischer Beziehung gegen den Richter, der bekanntlich regelmäßig ein Laie war, wenn sie ihm hätten zumuthen wollen, einen begrifflichen Unterschied zur Anwendung zu bringen, über den sie ihm jede Auskunft vorenthalten hatten. Woher, wenn nicht von ihnen, sollte er erfahren, wie er sich den Gegensatz im animus abstract zu denken habe, und woran er ihn im concreten Fall erkennen solle? Von alledem ist nichts zu verspüren! Die Jurisprudenz beobachtet über den Grundgedanken des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention ein unverbrüchliches Schweigen, sie spielt sich als die Sphinx auf, die den Besitzwillen als Räthsel aufgibt. Daß es bisher noch von Niemandem gerathen ist, glaube ich seiner Zeit (XI, XII) dargethan zu haben.

Ich wende mich nunmehr der oben erwähnten Rechtsregel zu.

8. Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest. Ich habe die Betrachtung dieser Regel bis zuletzt aufgespart, um den Leser erst auf sie vorzubereiten. Von dem Standpunkt, auf den ihn meine bisherige Deduction versetzt hat, wird er schwerlich noch darüber im Zweifel sein können, was diese Regel bedeutet. Der Gedanke, der, wie wir im Bisherigen gezeigt haben, von den römischen Juristen thatsächlich verwirklicht worden ist, daß nämlich nicht der subjective Wille, sondern die Rechtsregel die Art des Besitzverhältnisses bestimme, ist in ihr in ebenso unzweideutiger wie prägnanter Weise zum Ausdruck gebracht worden, und zwar nicht erst von den Juristen

der Kaiserzeit, sondern bereits von denen zur Zeit der Republik, den veteres. Der Gedanke lautet:

Machtlosigkeit des subjectiven Willens gegenüber der objectiven Rechtsregel.

Ich habe mir bei dieser meiner Schrift zum Gesetz gemacht, Dinge, die bereits von Anderen zur Genüge erörtert sind, nicht weiter auszuführen, um Raum für die Begründung meiner eigenen Ansichten zu gewinnen. Davon mache ich hier Gebrauch, indem ich mich auf dasjenige beschränke, was zur richtigen Würdigung dieser Regel unerläßlich ist.

Bekanntlich hat Savigny (S. 82 fl.) die Regel in Verbindung gebracht mit der alten usucapio pro herede lucrativa, sie habe denjenigen, welche Sachen des Erblassers bereits aus einem andern Grunde, sei es als Besitzer, sei es als Detentoren, inne hatten, die Ersitzung auf Grund des titulus pro herede abschneiden sollen. Erst seit Auffindung des Gajus, dem wir den Aufschluß über jenes seltsame Institut des ältesten Rechts verdanken, sei die Regel, „die bisher ganz unverständlich war", klar geworden, seit Hadrian habe sie „ihre bestimmte Bedeutung größtentheils, und im justinianischen Recht gänzlich verloren".

Eine arge Zumuthung, die uns da gemacht wird! Eine Regel, deren Verständniß der späteren Zeit, welche statt des ächten Gajus nur den Auszug in zwei Büchern kannte, der der abgestorbenen usucapio pro herede gar nicht gedachte, gänzlich abhanden gekommen sein mußte — eine Regel, die für das justinianische Recht alle und jede Bedeutung verloren hatte, gleichwohl aber von den Compilatoren nicht bloß einer einmaligen Erwähnung, sondern einer eingehenden Behandlung gewürdigt worden ist. Hätte sich die Regel, wie Savigny will, auf die usucapio pro herede und die ebenfalls abgestorbene usureceptio beschränkt, ein solches Verhalten der Com-

pilatoren ihr gegenüber wäre gänzlich undenkbar gewesen. Es ergibt sich daraus, daß ihr eine weitere, auch noch für die damalige Zeit zutreffende Geltung zukommen mußte. Damit vertrüge sich allerdings die Annahme Savigny's, daß sie ursprünglich lediglich auf jene Verhältnisse berechnet gewesen sei, sie würde dann die erweiterte Anwendbarkeit erst später erhalten haben. Aber wahrscheinlich erscheint mir die Ansicht nicht. Sollte sie nur für jene beiden Verhältnisse Geltung haben, warum betonte man nicht das entscheidende Moment: lucri faciendi causa, wie man es ja bei der usucapio pro herede und usureceptio durch den Zusatz lucrativa that (Gaj. II 56, 60)? Aber wie es sich damit auch verhalten haben möge, jedenfalls ist zweifellos, daß die Regel schon in alter Zeit eine ungleich ausgedehntere Tragweite besessen hat, nur dadurch vermochte sie sich bis in die spätere Zeit hinein zu behaupten.

In diesem Sinne, in dem sie auch noch für das spätere und justinianische Recht ihre Geltung behalten hat, sagt sie aus: der Wille ist der causa possessionis gegenüber machtlos. Was heißt causa possessionis?[1]) Nicht bloß der Rechtsgrund des Besitzes (Bedeutung der causa bei der Eigenthumsübertragung), sondern die rechtlich relevante Art seiner Entstehung, so daß auch die unrechtmäßige Begründung des Besitzes: die vitiosa possessio unter die Regel fällt. Wie die causa juris z. B. der Pachtcontract, Pfandcontract dauernd dem Besitzverhältniß seinen Stempel aufprägt, ebenso das vitium possessionis[2]). Insofern nun der Entstehungs-

1) Daß unter „possessionis“ nicht bloß der Besitz, sondern auch die Detention zu verstehen ist, ist bekannt, s. l. 2 § 1 pro her. (41. 5), l. 5 Cod. h. t. (7. 32).

2) l. 40 § 2 h. t. Auf die vitia possessionis beziehen sich auch die „causae possessionum“ bei Cic. de lege agr. 3, 11, wonach Pernice, Labeo II. S. 191 zu berichtigen ist.

grund in diesem Sinne dauernd den Charakter des Besitzverhältnisses bestimmt, kann man unter causa possessionis auch diese juristische Qualifikation des Besitzverhältnisses selber verstehen, eine Bedeutung, in der causa in den Quellen bekanntlich nicht selten vorkommt. In diesem Sinne würde also die Regel aussagen: Niemand kann durch Willensänderung ein bestehendes Besitzverhältniß umgestalten. Und insofern die Wirksamkeit der causa auf rechtlicher Vorschrift beruht, kann man ihr auch, wie ich es gethan habe, die Rechtsregel substituiren und dem entsprechend der Regel die obige Fassung geben: im Besitzverhältniß ist der Wille des Besitzers der objectiven Rechtsregel gegenüber machtlos.

In bestehenden oder auch im entstehenden? Das „mutare" scheint ersteres zur Voraussetzung zu haben, denn wenn etwas verändert werden soll, muß es bereits da sein. Allein auch im Moment der Entstehung ist die causa possessionis bereits gegeben. Die Regel findet also auch auf das entstehende Besitzverhältniß Anwendung. Ein Beispiel dafür gewährt der Fall der l. 13 de donat. (39. 5): Unwirksamkeit des Willens des Stellvertreters, der für sich selber Besitz erwerben will, während die causa possessionis auf Detention geht.

Die Regel gilt nicht bloß für den Besitz, den juristischen wie die Detention, sondern auch für die Usucapion. Jede Umwandlung des Besitzverhältnisses, die an sich unter die Regel fällt (s. u.) ist dadurch ausgeschlossen, also nicht bloß die Umwandlung der Detention in Besitz durch einfache Willensänderung, sondern auch innerhalb des Besitzes die Reinigung der ursprünglichen Fehler desselben (vitia possessionis) durch späteres tadelloses Verhalten, z. B. in der Person des Erben, der das vitium nicht kannte. Daraus erklärt sich auch die obige (S. 347) Entscheidung des Juristen in Bezug auf das

Besitzverhältniß des Pächters. Das Besitzverhältniß behält seinen ursprünglichen Charakter bei, bis ein Vorgang eintritt, der dem Recht nach im Stande ist, denselben umzuwandeln.

Unter diesen Gesichtspunkt fallen alle diejenigen Thatsachen, welche bei einem noch nicht vorhandenen Besitzverhältniß den Erwerb des Besitzes oder den Eintritt der Detention zur Folge haben würden. Dieselbe Wirksamkeit, welche ihnen dort zukommt, üben sie auch hier aus. Das sind theils Thatsachen rechtlicher Art: Abschluß eines Vertrages, Antretung der Erbschaft, Legat, theils Thatsachen factischer Art: bei Grundstücken Dejection des bisherigen Besitzers, bei beweglichen Sachen Unterschlagung.

Zu der Machtlosigkeit des Willens, auf welche die obige Regel sich ihrer Fassung nach beschränkt, müssen wir, um die Theorie der römischen Juristen zu decken, noch hinzufügen die Bedeutungslosigkeit desselben in allen Fällen, wo es sich um die Wirksamkeit rechtlicher Thatsachen für das Besitzverhältniß handelt, von denen der Besitzer selber keine Kunde hat. Ich verweise auf die oben (S. 345 fl.) angeführten Fälle. Hier steht nicht eine Verwirklichung der Rechtsregel wider den Willen, sondern ohne den Willen in Frage. Mittelst der Regel: nemo causam possessionis u. s. w. hätten diese Fälle von den römischen Juristen nicht in der Weise entschieden werden können, wie sie es sind, denn dieselbe fand hier, wo es sich nicht darum handelte, einen widerstrebenden Willen zu beugen, sondern eine Rechtswirkung ohne den Willen eintreten zu lassen, keine Anwendung. Dieser Gesichtspunkt der Rechtsregel ohne den Willen ist von ihnen nirgends in Form einer Regel ausgesprochen, sondern nur thatsächlich zur Anwendung gebracht worden, insofern ist also die Formulirung ihrer Theorie in Gestalt der obigen Regel eine unvollkommene, sie deckt nur die eine Seite derselben.

Damit glaube ich meine Darstellung der Theorie der römischen Juristen abschließen zu können. Nach meinen früheren Ausführungen (V) werde ich nicht nöthig haben, gegen das Mißverständniß zu warnen, welches durch die Betonung der causa possessionis in der obigen Regel leicht hervorgerufen werden könnte, als ob wie die Detention an dem Nachweis einer causa detentionis, so auch der Besitz an dem einer causa possessionis hinge. Es ist die früher (S. 17) geschilderte und seiner Zeit (S. 165) widerlegte Causaltheorie beim Besitz. Der Theorie der römischen Juristen zufolge entsteht stets Besitz, soweit nicht eine der gesetzlichen causae detentionis ihn ausschließt. Dies ergibt sich mit aller Evidenz daraus, daß, wenn die vermeintliche causa detentionis nicht existirt, oder die wirkliche hinwegfällt, die Detention, wie oben nachgewiesen, in Besitz umschlägt. Bildete nicht der Besitz die Regel, die stets in Geltung tritt, wenn der Grund zur Ausnahme hinwegfällt, ständen vielmehr Besitz und Detention sich als völlig äquivalente Glieder gegenüber, so würde der Irrthum über die bloße causa detentionis oder der Wegfall derselben nicht die Umwandlung der Detention in Besitz bewirken können, es würde dann nur mit der vermeintlichen causa nicht die vorausgesetzte Bewandtniß haben, die Detention selber aber würde dadurch nicht berührt werden, sie würde bleiben. Allein das Verhältniß der Detention zum Besitz ist das der Ausnahme zur Regel. Der Eintritt der Ausnahme aber ist bedingt durch eine vom Recht anerkannte causa detentionis. Ist dieselbe nicht vorhanden, oder fällt sie hinweg, so ist die Detention juristisch unmöglich geworden, und der Besitz tritt in sein volles Recht. Es ist unsere Formel: $a + c = x$, $a + c - n = y$, ohne $- n$ kein y.

Das Resultat, mit dem wir unsere Darstellung der Theorie der römischen Juristen abschließen, besteht in der Erkenntniß,

daß die angebliche Zwiespältigkeit des Besitzwillens, auf welche die Subjectivitätstheorie den Gegensatz zwischen Besitz und Detention zurückführt, den römischen Juristen gänzlich unbekannt ist. Der Gedanke hat sich in keiner der Richtungen, in denen er seine Existenzberechtigung hätte darthun müssen, bewährt, weder in *historischer* (VII, VIII), noch in *processualischer* (IX), noch in *legislativer* (XIV), noch in *dogmatischer* (XV), er ist ein gänzlich verfehlter, der nur einem ungesunden Constructionsversuch des Paulus seinen Ursprung verdankt (XIII). Das wirkliche Motiv der römischen Unterscheidung zwischen Besitz und Detention ist ein *praktisches*. Diese Behauptung soll im Folgenden dargethan werden.

XVI.

Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses.

Der Gedanke der Zwiespältigkeit des Besitzwillens hat sich nicht bewährt, der Glaube der modernen Jurisprudenz, in dem animus possidentis des Paulus den Schlüssel entdeckt zu haben, der ihr das Verständniß der ganzen Besitzeslehre erschlösse, hat sich als ein trügerischer erwiesen, all' die unsägliche Mühe, die sie aufgeboten, alle die verzweifelten und gewaltsamen Anstrengungen, denen sie sich unterzogen hat, sind nutzlos aufgewandt worden, sie haben, wie es stets der Fall ist, wenn man mit einem falschen Schlüssel gewaltsam ein Schloß zu öffnen sucht, das Schloß nicht geöffnet, sondern verdreht.

An Stelle des falschen Schlüssels: des animus werde ich es mit einem andern versuchen, er heißt der Zweck. Es ist derselbe, der sich mir bis jetzt noch bei allen Problemen bewährt hat, bei denen ich mich seiner bedient habe, ja ich darf behaupten, daß erst er mir das Verständniß der gesammten sittlichen Weltordnung erschlossen hat: der Sitte, der Moral, des Rechts. Er wird auch bei dem gegenwärtigen Problem die Probe bestehen.

Der Zweck d. i. praktische Erwägungen, Motive sind es gewesen, welche in Rom neben dem Besitz die Detention ins Leben gerufen haben. Nur darauf kommt es an, diese

Behauptung darzuthun. Die Zweckfrage für den Besitz d. h. die Frage, warum die Römer den Besitz mit Rechtsschutz ausgestattet haben, liegt außerhalb unserer Aufgabe, ich habe meine Ansicht darüber in meiner Schrift über den Besitzesschutz kundgegeben, hier handelt es sich lediglich um die Detention, den Besitz setze ich als gegeben voraus. Hätte ich beide Schriften mit demjenigen Titel versehen wollen, der dasjenige, worauf es mir am letzten Ende ankommt, mit dem entsprechenden Namen ausgedrückt haben würde, so würde ich die erstere als das Zweckproblem des Besitzes, diese als das Zweckproblem der Detention haben bezeichnen können, aber ich zog es bei beiden vor, an hergebrachte Fragen anzuknüpfen, und das war dort die Frage nach dem Grunde des Besitzesschutzes, hier die nach dem Besitzwillen.

Außer dem contractlichen Detentionsverhältniß kennt das römische Recht noch zwei andere Gestaltungen desselben: das absolute und das häusliche. Für beide ist seiner Zeit (S. 61, 63) der Nachweis erbracht, daß es praktische Erwägungen waren, wodurch es sich bestimmen ließ, dem vollständig vorliegenden Thatbestande des Besitzes seine sonstige Wirkung abzusprechen. Erhaltung der Rechtsstellung des Besitzers bei Occupation des Grundstückes in seiner Abwesenheit — damit war, da eine compossessio plurium in solidum nach römischem Dogma nicht möglich war, von selbst gegeben, daß das Besitzverhältniß des Occupanten trotz zweifellosen Vorhandenseins von corpus und animus in seiner Person nur als Detention bezeichnet werden konnte. Unbeschränktheit der Rechtsstellung des Hausherrn gegenüber den seiner Gewalt unterworfenen Personen — damit das Detentionsverhältniß der letzteren. Für beide Verhältnisse, zu denen als drittes noch das von res extra commercium (S. 62) hinzukommt, haben wir dort den Gesichtspunkt des Besitzhindernisses aufgestellt, unser

— n, das sich dem Thatbestande des Besitzes a + c in den Weg stellt, und denselben Gesichtspunkt damals bereits für das contractliche Detentionsverhältniß herangezogen. Da der Versuch der Subjectivitätstheorie, den Grund der Detention aus der Person des Detentors: seinem mangelhaften Willen abzuleiten, mißlungen ist (XIV), die Willensbestimmung des Detentors vielmehr gar nicht in Betracht kommt (XV), so erübrigt nichts, als den Grund für die Detention in der Person des Besitzherrn zu suchen, d. i. auch für diesen Fall der Detention dasselbe praktische Motiv in Bezug zu nehmen, das in den beiden andern das unzweifelhaft maßgebende gewesen ist: Rücksicht auf die Rechtsstellung des Besitzherrn.

Das Interesse des Besitzherrn an der Erhaltung des Besitzes bei vorübergehender Weggabe der Sache an einen Andern war ein zweifaches. Zuerst die Fortdauer der Usucapion. Nach altem Recht ward die Usucapion unterbrochen, wenn der Usucapient den Besitz der Sache auf einen Andern übertrug, der Gedanke, dieselbe auch bei vorübergehender Hingabe des Besitzes fortdauern zu lassen, den das neuere Recht beim Faustpfand verwirklicht hat, war noch nicht an der Zeit. Daraus ergab sich, daß man in der Person des Usucapienten bei vorübergehender Weggabe der Sache den Besitz erhalten mußte, d. h. daß der Empfänger nur Detention bekommen konnte. Sodann die unveränderte Fortdauer seiner Rechtsstellung d. i. der Befugniß zur Behauptung seines Besitzes durch Eigenmacht und durch die possessorischen Rechtsmittel. Ich habe oben (S. 126) gezeigt, daß es damit bei beweglichen Sachen nicht viel auf sich hatte, allein bei unbeweglichen Sachen d. i. bei Pacht, Miethe hing daran außerordentlich viel.

Zunächst die Rechtsstellung des Besitzherrn gegenüber dritten Personen. Hätten Pächter und Miether den Besitz

erhalten — ich meine natürlich nicht einen beliebig widerruflichen, wie der Prekarist, sondern einen, wie es ihr contractlicher Anspruch mit sich brachte, für die Dauer der Pacht- und Miethzeit gesicherten — so hätten sie wie jeder Besitzer, dem der Besitz vorübergehend eingeräumt ist, wie z. B. der Pfandgläubiger, denselben auf andere Personen übertragen können, Verpächter und Vermiether wären dadurch des possessorischen Schutzes verlustig gegangen und hätten sich der rei vindicatio bedienen müssen. Als bloße Detentoren konnten Pächter und Miether, da die possessio keine vacua war, nicht den Besitz übertragen, die Besitzrechtsstellung des Besitzherrn dritten Personen gegenüber war also vollständig gesichert.

Sodann die Rechtsstellung des Besitzers dem Detentor gegenüber. Die Detention schloß die gänzliche Rechtlosigkeit des Pächters und Miethers in sachenrechtlicher Beziehung in sich. Damit war dem Besitzherrn eine doppelte Möglichkeit eröffnet: die, einen schlechten Pächter oder unbequemen Miether ohne Weiteres an die Luft zu setzen[1]), und die, das Grundstück jeder Zeit zu verkaufen. Hätten sie den Besitz gehabt, so hätte er eine an die Bedingung der sofortigen oder baldigen Tradition geknüpfte Verkaufsgelegenheit nicht realisiren können, er hätte abwarten müssen, bis die Pacht- und Miethperiode abgelaufen d. h. bis es zu spät war.

Die bisherige Ausführung hatte lediglich den Zweck, nachzuweisen, daß sich für den Besitzherrn an die Detention ein

---

1) Die Behauptung, daß die Befugniß nach neuerem römischen Recht an die zweijährige Nichtentrichtung des Pachtzinses geknüpft sei, ist eine irrige. Die l. 54 § 1 Loc. (19. 2), auf die man sich beruft, enthält den Beweis des Gegentheils, sie spricht von der Sicherung des Pächters gegen Ausübung des Exmissionsrechts mittelst Conventionalpön, die Nichtentrichtung des Pachtzinses wird lediglich für die Frage herangezogen, ob die Conventionalpön verwirkt sei. Die l. 56 ib. spricht von öffentlicher Inventarisation.

sehr erhebliches Interesse knüpfte. Die Frage, ob dasselbe nicht zur Ungebühr in den Vordergrund gestellt worden ist, und ob sich nicht eine andere als die römische Behandlungsweise empfehle, überläßt sie einer späteren Stelle (XIX), hier kam es nur darauf an, das praktische Motiv der römischen in das richtige Licht zu setzen [1]).

Rechtliche Schutzlosigkeit des Detentors im Interesse des Besitzherrn — das also ist der Sinn der Detention. Das contractliche Detentionsverhältniß ist die Nachbildung des häuslichen (S. 116 fl.). Wo diese unselbständige Stellung des Inhabers sich mit dem Zweck des Verhältnisses nicht verträgt, ist die Detention nicht am Platz, hier bedarf es des Besitzes. Nicht jenes Zwitterdings zwischen Detention und Besitz, welches uns der Besitz des Prekaristen vorführt, der, wenn auch dritten Personen gegenüber possessorisch geschützt, doch dem Besitzherrn gegenüber praktisch sich in nichts von dem Detentor unterscheidet, da er ebenso wie dieser jeder Zeit durch Eigenmacht entsetzt werden kann, sondern des rechtlich vollständig d. i. auch dem Besitzherrn gegenüber geschützten Besitzes. Die folgende Ausführung hat die Aufgabe, dies an denjenigen Fällen darzuthun, in denen das römische Recht unbestritten [2]) im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz hat eintreten lassen, es sind die des Pfandgläubigers, Erbpächters, Ersatzmannes, Sequesters.

---

1) Der Erste und bis auf Pernice, (1873) Labeo I S. 467, der Einzige, der den Muth gehabt hat, anzuerkennen, daß in der von ihm mit der herrschenden Lehre als römisch angenommenen Auffassung etwas „Künstliches liegt, das sich durch die historischen und sozialen Verhältnisse in Rom erklärt", ist Dernburg, Pfandrecht II S. 65 (1864), spätere genauere Aeußerungen von ihm s. in der oben (S. 262) citirten Schrift S. 69 und in seinem preuß. Privatrecht I § 190.

2) Die streitigen Fälle sollen in Nr. XVII erörtert werden.

Der Pfandgläubiger. Wie sehr der Zweck des Pfandrechts durch Besitz bedingt ist, ist schon an früherer Stelle (S. 207) dargethan. Der Gedanke, daß das römische Recht dem Pfandgläubiger eigentlich nur Detention hätte zusprechen dürfen, weil es ihm an dem animus rem sibi habendi oder domini fehlte, und daß nur „historische Gründe", deren Angabe ich aber bisher nirgends gefunden habe, die entgegengesetzte Behandlungsweise des römischen Rechts veranlaßt haben, — dieser Gedanke zeugt von einer so gänzlichen Verkennung der praktischen Bedeutung des Besitzes, daß diese vom Standpunkt der Subjectivitätstheorie allerdings unabweisbare Consequenz allein schon ausreichen würde, um den Standpunkt selber als einen praktisch unmöglichen darzuthun. Der Pfandgläubiger Detentor! Es wäre gleich bedeutend gewesen mit dem Satz: der Pfandgeber kann ihm jeder Zeit die Sache eigenmächtig entziehen, der Pfandgläubiger, der sich zur Wehr setzt, wird bestraft, er wäre petitorisch geschützt gewesen, possessorisch nicht!

Was ich von der Frage halte, ob nicht wenigstens beim Hypothekargläubiger, der durch Anstellung der actio hypothecaria den Besitz der Sache erhalten hat, die Theorie des genannten animus zu Ehren komme d. h. ihm lediglich Detention zuzuerkennen sei, brauche ich nicht erst zu sagen. Das ganze Pfandrecht: pignus und hypotheca ist ohne Besitz ein windiges Ding, die ärgste contradictio in adjecto, die man sich denken kann: der Pfandgläubiger petitorisch geschützt, possessorisch schutzlos!

Die drei übrigen Fälle, die ich genannt habe, sind dadurch besonders lehrreich, daß sie uns den Besitz in einem Verhältniß vorführen, mit dem nach Verschiedenheit der Gestaltung desselben auch Detention verbunden ist. Es gibt kaum eine geeignetere Gelegenheit, sich über den wirklichen Sachverhalt zu belehren, als diese Zwiefachheit der Gestaltung des Besitz-

verhältnisses bei vollkommener Gleichheit des contractlichen Verhältnisses. Der Erbpächter ist Pächter — die Klage gegen ihn auf Zahlung des canon ist die actio locati; der Ersatzmann ist Mandatar — die Klage gegen ihn ist die act. mandati; der Sequester ist Depositar — die Klage gegen ihn ist die actio depositi. Und doch haben der Pächter, der Stellvertreter, der Depositar Detention, und diese Personen Besitz. Also vollständige Gleichheit des obligatorischen Verhältnisses, und dennoch dort Detention, hier Besitz. Wie erklärt sich das? Der Nachweis der Verschiedenheit der praktischen Bedeutung des Verhältnisses in dem einen und dem andern Fall wird uns darauf die Antwort ertheilen.

Der Erbpächter. Das Verhältniß kam bekanntlich in zwei Formen vor: einer römischen: Pachtung städtischer Grundstücke (ager vectigalis), und einer griechischen: Ueberweisung eines Grundstückes zur Urbarmachung (emphyteusis). Die letztere, in den griechischen Provinzen des Reichs wahrscheinlich längst vorhanden, tritt zuerst im dritten Jahrhundert in den Gesichtskreis der römischen Juristen [1]) und wird erst Ende des folgenden Jahrhunderts Gegenstand der Gesetzgebung. Bis auf Zeno [2]), Ende des fünften Jahr-

---

1) Gajus, der III 145 Veranlassung gehabt hätte, sie neben dem ager vectigalis zu erwähnen, kennt sie noch nicht, der einzige römische Jurist, der ihrer gedenkt, ist Ulpian in l. 3 § 4 de reb. eor. (27. 9); in l. 15 § 1 qui satisd. (2. 8) von Macer ist der Zusatz zu agrum vectigalem: id est emphyteuticum ein durch Justinians Gleichstellung beider Formen veranlaßtes Einschiebsel der Compilatoren, ebenso wie in der Ueberschrift von Titel VI, 3: si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur.

2) l. 1 Cod. de emph. j. (4. 66) . . rei domino. Die gangbare Ansicht, der auch ich mich früher angeschlossen habe, daß Zeno die rein doctrinäre Bestimmung getroffen haben solle, daß der emphyteuticarische Vertrag den fünften Consensualvertrag bilden solle, beruht auf Irrthum. Zeno entscheidet hier lediglich die Frage vom Einfluß des casus auf das Ver-

hunderts, ist keine Spur davon zu entdecken, daß auch Privatländereien zur Emphyteuse gegeben wurden, in allen Stellen des Codex Theodosianus, welche das Verhältniß berühren [1]), und in den sehr vielen des Codex Justinianus im elften Buch [Titel 59(58), 62(61) — 72(71)], erscheint sie beschränkt auf fiskalische, kaiserliche [2]), städtische, kirchliche Grundstücke — ein Umstand, der, wie sich sofort zeigen wird, für die richtige Würdigung der rechtlichen Gestalt des Verhältnisses außerordentlich wichtig ist. Das Verhältniß kam dem Eigenthum so nahe, daß es begreiflich ist, wie die Juristen darüber im Zweifel zu sein vermochten, ob das „jus emphyteuticarium conductionis an alienationis titulis esset addicendum" (l. 1 cit.), und daß man im Leben den Emphyteuta als dominus bezeichnete, was sich daraus ergibt, daß diese Bezeichnungsweise selbst in den gesetzlichen Erlassen sehr häufig wiederkehrt [3]) — es sind also nicht erst die Glossatoren gewesen, welche den Begriff des Eigenthums (dominium utile) darauf anwandten.

---

hältniß. Nach Maßgabe der Grundsätze über den Kauf hätte derselbe den Emphyteuta getroffen, nach Maßgabe der über die Pacht den Eigenthümer (remissio mercedis unter den bekannten Voraussetzungen), Zeno legt ihn je nach Verschiedenheit bald dem einen (ipsius . . . rei interitum . . . ipsa rei laedatur substantia), bald dem andern auf (particulare vel aliud leve damnum). Zeno wie Justinian setzen schriftliche Abfassung des Vertrages (scriptura interveniente) voraus (l. 2 ibid: in emphyteuticis instrumentis, l. 3 ib. emphyteuticum instrumentum).

1) Zusammengestellt von J. Gothofredus in seinem Commentar zu X, 2: de locatione juris emphyteutici, tom. III p. 427.

2) Bezeichnend dafür ist die von Gothofred citirte Stelle von Augustinus, der possessio emphyteutica mit fundus imperatorum identificirt.

3) Im Codex Theodosianus: l. 5 de censit. (13. 11) l. un. comm. div. (2. 2), im Justinianus: l. 2, 4, 12, 14 de fund. patrim. (11. 62 bez. 61), l. 1, 2 de fund. rei pr. (11. 66, bez. 65), l. 4, 5 de div. praed. (11. 70 bez. 69).

Ich lasse im Folgenden die Emphyteuse an Privatländereien zunächst außer Acht — ich will sie kurz als Privaterbpacht und die an fiskalischen, kaiserlichen, städtischen, kirchlichen Grundstücken und das Verhältniß am ager vectigalis als publicistische Erbpacht bezeichnen. Historisch hat sich die Erbpacht ebenso wie die Superficies bei öffentlichen Grundstücken zuerst entwickelt, und dieser Umstand ist für das Verständniß der eigenthümlichen Gestaltung, welche sie gegenüber der gewöhnlichen Pacht an sich trägt, von maßgebendem Einfluß.

Das Interesse der Usucapion fiel bei öffentlichen Grundstücken hinweg, bei ihnen bedurfte es nicht erst des Erwerbs des Eigenthums, dasselbe war bereits vorhanden und unbestritten.

Eben darum hatte auch die Beweiserleichterung, welche der Besitzesschutz im Vergleich zur rei vindicatio dritten Personen gegenüber gewährt, bei ihnen keinen Werth; dem Kläger konnte der Beweis des Eigenthums, wenn dasselbe, was hier kaum je vorgekommen sein dürfte, bestritten worden wäre, nicht die mindesten Schwierigkeiten verursachen, es war notorisch.

So erübrigte nur das Vertreibungsrecht des Verpächters. Von den zwei Anlässen, welche es ihm werthvoll machten, fiel der des Verkaufs gänzlich hinweg, jene Grundstücke wurden nicht verkauft, sie blieben dauernd im Eigenthum des Staats, Kaisers, der Gemeinde, Kirche. Mit dem zweiten: Beseitigung des schlechten Pächters d. i. desjenigen, der das Grundstück deteriorirte, hatte es hier wenig auf sich. Ein Zeitpächter kann auf den Gedanken gerathen, Raubbau zu treiben oder gegen Ende der Pachtzeit die gebotenen landwirthschaftlichen Akte zu unterlassen, den Dung zu sparen, die Obst-, Weinpflanzungen zu vernachlässigen u. s. w., weil er selber nicht mehr die Früchte in Aussicht hat. Aber der Erbpächter treibt

keinen Raubbau und verabsäumt nicht die wirthschaftlich gebotenen Vornahmen, er würde sich selber am meisten schädigen — das eigene Interesse ist der beste Wirth. Und selbst angenommen, beide Verhältnisse ständen sich in dieser Beziehung gleich, so kann bei der Erbpacht der Eigenthümer die Verwahrlosung des Grundstücks ruhig mit ansehen, denn er kommt ja nicht in die Lage, von neuem zu verpachten, während sie ihm bei der Zeitpacht im Fall neuer Verpachtung eine Einbuße am Pachtzins droht. Ganz dasselbe wiederholt sich im Verhältniß der Wohnungsmiethe zur Superficies — an der Instandhaltung des Hauses durch den Superficiar ist der Vermiether in keiner, an der durch den gewöhnlichen Miether im höchsten Grade interessirt. So erklärt es sich, daß unsere Quellen, welche den gewöhnlichen Pächter für culpa levis verantwortlich machen, derselben bei der Emphyteusis und Superficies gar nicht gedenken — beide Verhältnisse bieten dazu keinen Anlaß. Die Behauptung, daß der Eigenthümer den Emphyteuta wegen Deterioration des Guts entsetzen kann, ist meines Erachtens nach römischem Recht nicht begründet. In allen den vielen Stellen des Codex Theodosianus und Justinianus, welche die Emphyteuse und die verwandten Verhältnisse (fundi patrimoniales und res privatae des Kaisers) behandeln, wird das Vertreibungsrecht nirgends erwähnt. Justinian hat es in Nov. 120 c. 8 nur für kirchliche Emphyteusen eingeführt, bei denen es wegen der von ihm vorgeschriebenen vorübergehenden Zeitdauer[1]) von derselben praktischen Bedeutung war, wie bei

1) Nov. 7 c. 3 pr. (Regel: Lebenszeit — Ausnahme: Uebergang auf Kinder und Enkel). Der Zweck, den Justinian dabei im Auge hatte, war die Ermöglichung der Steigerung des canon bei periodisch wiederholter Verpachtung. Bei dieser Gestalt der kirchlichen Emphyteuse ist der ursprüngliche Gedanke des Instituts gänzlich preisgegeben, sowohl in Bezug auf die Dauer (§ 2: in sola emphyteusi temporali), als auf den Gegenstand (§ 2 ibid: domibus et suburbanis et hortis et agris

der Zeitpacht. Daß es in Form eigenmächtiger Entsetzung ausgeübt werden dürfe, hat er nicht bestimmt, und würde hier auch gar nicht passen, da der Emphyteuta Besitzer ist. Die Vertreibung kann also nur im Wege rechtlichen Verfahrens erfolgen, bei dem die Deterioration zu erweisen ist, während der gewöhnliche Pächter als bloßer Detentor auch noch nach neuestem römischen Recht durch Eigenmacht vertrieben werden darf [1]).

Unser Resultat ist: die dem Erbpächter durch Verleihung des Besitzes eingeräumte selbständige Stellung that dem Interesse des Grundherrn nicht den mindesten Abbruch. Andererseits aber war sie durch das des Erbpächters selber im höchsten Grade geboten, nicht bloß bei der Emphyteuse, sondern auch beim ager vectigalis. Bei jener. Wer hätte sich darauf eingelassen, ein wüstes Grundstück urbar zu machen, worüber unter Umständen ein ganzes Menschenleben hingehen kann, wenn er nicht die Sicherheit gehabt hätte, die Früchte seiner Mühen und Anstrengungen zu ziehen? Mit der Emphyteuse ist das freie Vertreibungsrecht des Grundherrn völlig unverträglich. Beim ager vectigalis. Auch bei ihm bedurfte es für den Erbpächter derselben Sicherheit. Der Zeitpächter wird nicht in Versuchung kommen, kostspielige Meliorationen am

als auf die Entziehung des dem Emphyteuta sonst zustehenden freien Veräußerungsrechts (§ 3), die Emphyteuse hat hier nur die Funktion einer gesteigerten Rechtsform für Pacht und Miethe. Eben darum bedurfte es bei ihr des Schutzes gegen Deterioration, der bei der echten Emphyteuse gänzlich überflüssig war.

1) Darin, daß nach l. 12 de vi (43. 16) die Weigerung des Pächters, dem Käufer das Grundstück zu tradiren, wenn sie „propter justam et probabilem causam" geschieht, nicht unter den Gesichtspunkt der Dejektion fallen soll, liegt noch keineswegs, daß der Pächter gegen seine gewaltsam Seitens des Verpächters beschaffte Exmission possessorischen Schutz nachsuchen kann. Nur wenn der Verpächter selber possessorisch klagt, wird der Pächter mit seiner Einrede gehört, arg. l. 10 Cod. de vi (8. 6).

Grundstück vorzunehmen, Anpflanzungen zu machen, Bauten aufzuführen, der Erbpächter muß in die Lage versetzt werden, es zu können, und dies wird er nur dadurch, daß das Recht ihm seinen vollen Schutz gewährt. Also nicht den bloß obligatorischen, mit dem es den Zeitpächter abfindet, und der ihm nach römischem Recht nicht das Mittel gewährt, die Entsetzung selber rückgängig zu machen, sondern ihm nur den schwierigen, unsicheren, kurz unvollkommnen Weg der Interessenklage offen läßt. Sondern den sachenrechtlichen, der die Entsetzung rechtlich unmöglich macht. Daß zu dem Zweck der petitorische Schutz nicht ausreicht, sondern daß es zu dem Zweck auch des possessorischen bedarf, braucht nicht gesagt zu werden. Besitz, sei es Sach- oder Rechtsbesitz, bildete also ein unabweisbares Postulat der gesicherten Rechtsstellung des Erbpächters. Das römische Recht hat sich für Sachbesitz entschieden.

Diese sachenrechtliche Selbständigkeit des Erbpächters, wenn auch in erster Linie durch das Interesse des Erbpächters erfordert, bot andererseits auch dem Grundherrn einen nicht zu unterschätzenden Vortheil. Indem sie den Erbpächter auf seine eigenen Füße stellte und ihm die Möglichkeit gewährte, alle Klagen, deren es zu seinem Schutz bedurfte: die reivindicatio utilis, die actio negatoria, confessoria, das interdictum uti possidetis, unde vi u. s. w. selber anzustellen, überhob sie den Grundherrn der Mühen und Weitläufigkeiten, dies wie beim Zeitpächter an seiner Statt zu thun, und gerade in dem Verhältniß der publicistischen Erbpacht war dies von erhöhter Wichtigkeit, den fiskalischen, kaiserlichen, städtischen, kirchlichen Verwaltungsbehörden war damit ein Stück lästiger Arbeit erspart.

Ich wende mich der Privaterbpacht zu. Wir wissen aus dem Obigen, daß das Institut der Emphyteuse als

fertiges auf sie übertragen ward, die Besitzfrage war also für sie bereits entschieden, bevor sie sich erhob. Justinian hat den praktischen Werth des Instituts in dieser Anwendungsform nicht unerheblich erhöht, zum Theil im Anschluß an die im Leben üblichen Vereinbarungen, durch welche der Grundherr sich gegen den häufigen Wechsel in der Person des Erbpächters und die Gefahr, einen ungeeigneten zu erhalten, zu sichern suchte. Die Veräußerung an gewisse, weiter nicht genannte Personen ward durch sie schlechthin untersagt [1]), in Bezug auf die übrigen behielt der Grundherr sich das Recht der Zustimmung im einzelnen Fall vor, wofür eine nicht selten sehr hohe Consensgebühr vereinbart ward [2]). Justinian hat letzterer bekanntlich das Maß von 2 p. c. (quinquagesima pars pretii) gesetzt und dem Grundherrn das Vorkaufsrecht eingeräumt. Die Verbindung der beiden Möglichkeiten, zwischen denen er ihm die Wahl läßt, war ein äußerst geschickter Schachzug, um der Unredlichkeit des Erbpächters in Bezug auf den ihm angeblich gebotenen Kaufpreis zu steuern. Gab derselbe den Kaufpreis zu niedrig an, um die Consensgebühr zu verkürzen, so wählte der Eigenthümer das Vorkaufsrecht, gab er ihn zu hoch an, so berechnete er ihm davon die Consensgebühr, in beiden Fällen hatte der Erbpächter zu eigenem Schaden gelogen [3]).

---

1) l. 3 Cod. de jure empt. (4. 66) . . . vendere his tamen personis, quae non s o l e n t in emphyteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venditionem venire. Als Beispiel sonst nicht geeigneter Personen nennt Justinian personas non idoneas ad solvendum emphyteuticum canonem.

2) l. 3 cit. . . . ne avaratia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod u s q u e a d p r a e s e n s t e m p u s p e r p e t r a r i c o g n o v i m u s.

3) Ich wiederhole hier nur, was ich bereits in meinem Geist des R. R. IV, S. 261, Aufl. 4, gesagt habe.

Der letzte Schritt in der Ausbildung des Instituts ist auf unserem heimischen Boden erfolgt durch Verbindung einer vom Erbpächter zu entrichtenden Anzahlungssumme (Kaufpreis) mit dem Canon[1]). Den Werth des Grundstücks zu 3000 Mark und den Maßstab der Berechnung des Canons zu 3 % angenommen, macht es im Rechenexempel keinen Unterschied, ob der Kanon zu 90 oder bei Anzahlung von 1000 zu 60 angesetzt wird. Für den Grundherrn ist aber der letztere Modus ein ungleich vortheilhafterer, er sichert ihn gegen die Gefahr, daß der Erbpächter das Grundstück wegen unvorhergesehener Schwierigkeiten in der Urbarmachung oder der erst später erkannten schlechten Beschaffenheit des Grund und Bodens im Stich läßt[2]), das Geld, das er darin stecken hat, kettet ihn an dasselbe. In dieser Gestalt ist die Erbpacht eins der feinst berechneten Zweckgebilde, welche das Recht überhaupt aufzuweisen hat.

Es ist oben gezeigt worden, daß der Mangel des Besitzes in der Person des Grundherrn bei der öffentlichen Erbpacht ohne Bedeutung war. Für die Privatemphyteuse galt dies nicht. Die Usucapion behauptete bei ihr denselben Werth wie überall. Läuft sie fort, wenn der Grundherr den Besitz auf den Erbpächter überträgt? Die Quellen äußern sich darüber nicht, im Sinne des neueren Rechts ist die Frage meines Erachtens zu bejahen. In derselben Weise, wie die Usucapion

---

1) In den römischen Quellen habe ich keine Andeutung davon gefunden. Die angegebene Gestalt trägt die Erbpacht z. B. in den Moorcolonien an der Nordseeküste (Vehne) an sich, der Kaufpreis führt hier den Namen Erbstandsgeld.

2) Ich spreche hier aus eigener, aus der Vertrautheit mit dem in der vorigen Note genannten Verhältniß geschöpften Erfahrung. In dem Moorgrunde können sich gewaltige, so außerordentlich verhärtete Baumwurzeln finden, daß die Fortschaffung derselben die unsäglichsten Mühen macht. Hätte der Colonist kein Geld im Grund und Boden stecken, so würde er nicht bleiben.

in der Person des Pfandgebers fortläuft, obschon der Besitz beim Pfandgläubiger ist, werden wir sie auch in der des Grundherrn fortdauern lassen dürfen. In der Sprache der römischen Juristen werden wir von dem Einen sagen können: ad usucapionem tantum possidet, von dem Andern: quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet l. 16 de usurp. (41. 3). Der possessorische Schutz ist damit dem Besitzherrn aberkannt. Angenommen, daß das Grundstück in die Hände eines nicht berechtigten Besitzers kommt, so würde er sich mithin auf die reivindicatio angewiesen sehen und den Eigenthumsbeweis zu erbringen haben. In Wirklichkeit ist dieser Mangel in seiner Rechtsstellung ohne sonderliche Bedeutung. Geht das Grundstück durch Erbgang auf einen neuen Besitzer über, so succedirt derselbe in die Verpflichtung des Erblassers, wenn durch Vertrag, so ist durch die Verpflichtung des bisherigen Erbpächters zur Einholung des Alienationsconsenses dafür gesorgt, daß zwischen dem Grundherrn und dem neuen Erbpächter ein neuer Vertrag abgeschlossen wird, der ausreicht, ihm seine Rechtsstellung zu wahren. So erübrigt also nur der Fall, daß das Grundstück in die Hände eines nicht berechtigten Besitzers kommt, und hier werden schon der Erbpächter oder im Fall des Erbganges dessen Erben dafür sorgen, daß dasselbe in ihre Hände zurückgelangt, sie sind dabei in ungleich höherem Grade interessirt als er.

Die bisherige Ausführung hatte zur Aufgabe, die eigenthümliche Zweckcomplication bei der Erbpacht zur Anschauung zu bringen, und dadurch den Leser in Stand zu setzen, sich die Frage zu beantworten, ob das römische Recht wohl gethan hat, dem Erbpächter den Besitz zuzusprechen. Hätte dasselbe sich durch die Subjectivitätstheorie leiten lassen, welche das Verhältniß unter dem rein formalistischen Gesichtspunkt

betrachtet [1]): Erbpacht ist Pacht, der Pächter kann vermöge des ihm mangelnden animus domini nur detiniren, folglich auch nur der Erbpächter, so würde es ein gänzlich lebensunfähiges Institut geschaffen haben [2]).

Ich schließe die Vergleichung beider Verhältnisse mit dem Resultat ab: praktische Gründe sind es gewesen, welche die Römer bestimmt haben, dem Zeitpächter Detention, dem Erbpächter Besitz zuzusprechen.

Das zweite Verhältniß, in dem sich dieselbe Erscheinung wiederholt, daß je nach Verschiedenheit des Verhältnisses bald Besitz bald Detention eintritt, ist das Stellvertretungsverhältniß: der direkte Stellvertreter erhält Detention, der Ersatzmann Besitz. Es ist oben (S. 305) bemerkt worden, daß sich die zweite Form der Stellvertretung, welche die ursprüngliche war, auch nach Aufkommen der ersten behauptet hat. Der Grund kann nur ein praktischer gewesen sein, denn sonst hätte sie als die minder vollkommne der vollkommneren weichen müssen. Aber sie hat sich erhalten, und zwar nicht bloß beim Mandatar, sondern auch beim Vormunde (S. 305 Note). Vom Standpunkt der Subjectivitätstheorie ist dies gar nicht zu begreifen, in beiden Fällen hat die Mittelsperson die Absicht, das Geschäft für den Geschäftsherrn vorzunehmen: procurator (curator, tutor) alienae possessioni praestat ministerium (l. 18 pr. h. t.), in beiden Fällen

---

1) Savigny, S. 118: „Nach dem bisher dargestellten Begriff des Besitzes durfte also auch hier wie bei der Superficies kein juristischer Besitz angenommen werden."

2) Savigny, S. 202, kennt für den Besitz beim ager vectigalis keinen andern Grund, als den historisch höchst problematischen (s. oben S. 202) der Analogie des ager publicus, „diese Erklärung ist gewiß der Hinneigung zum Alterthümlichen sehr angemessen, die im alten römischen Recht unverkennbar ist". Vom ager vectigalis soll dann der Besitz auf demselben Wege auf die Emphyteuse übergegangen sein, S. 118.

greift dasselbe Obligationsverhältniß, dieselbe Klage Platz (act. mandati, tutelae directa, utilis). Und dennoch hier Besitz, dort Detention. Warum? Wenn, was nach allem, was ich in dieser Schrift dafür vorgebracht habe, die Besitzfrage eine Interessenfrage ist, so wird die Verschiedenartigkeit des Interessenverhältnisses in beiden Fällen uns den Aufschluß gewähren müssen.

Für den Stellvertreter steht bei dem Akt der Besitzergreifung nicht das mindeste eigene Interesse auf dem Spiele, er haftet dem Dritten nicht, von dem er die Sache erhält, die Haftung, wenn eine solche mit dem Geschäft, auf Grund dessen die Tradition erfolgte, überhaupt verbunden war, trifft ausschließlich den Geschäftsherrn. Ganz anders beim Ersatzmann. Er selber hat das Geschäft abgeschlossen, das mittelst der Tradition nur erfüllt wird, — wir nehmen den regelmäßigen Fall des Kaufcontracts an, — er wird aus demselben berechtigt und verpflichtet. Angenommen nun, daß das neuere Recht in Abweichung von dem ältern, welches ihm Besitz und Eigenthum zusprach, beide sofort auf den Geschäftsherrn hätte übergehen lassen wollen, so würde es ihn damit in unverantwortlicher Weise schutzlos gelassen haben. Der Geschäftsherr hätte ihm ebenso wie dem Stellvertreter eigenmächtig die Sache entziehen, und er selber hätte zusehen können, wie er den Kaufpreis, den er dem Verkäufer entrichtet hatte oder entrichten mußte, von ihm zurückerhielt, im Fall des Concurses desselben hätte er sich auf die bloße actio mandati contraria angewiesen gesehen, jedenfalls also nicht den ganzen Betrag erhalten. Detention beim Ersatzmann würde für den Verkehr dasselbe bedeutet haben, wie Detention beim Erbpächter, kein verständiger Mensch würde sich darauf eingelassen haben. Sicherheit der Rechtsstellung war bei beiden Verhältnissen das unerläßliche Postulat ihrer praktischen Tauglichkeit. Eben das

ist der Grund, warum der Ersatzmann Besitz und Eigenthum erhält, er soll an der Sache Deckung haben wegen seiner Auslagen oder übernommenen Verpflichtungen [1]).

Der Gesichtspunkt ist ein so einfacher und einleuchtender, daß man kaum versteht, wie er sich der Beachtung hat entziehen können. Ich meinerseits habe ihn bereits bei Gelegenheit der in der Note berührten Cessionsfrage mit wenig Worten ausgesprochen, aber bei Andern bin ich ihm zuerst (1884) bei Dernburg (Pandekten I S. 409, 410) begegnet. Nur darin hat er sich noch nicht gänzlich von der herrschenden Weise frei gemacht, daß er „die Absicht des Stellvertreters" darüber entscheiden läßt, welche der beiden möglichen Behandlungsweisen eintreten soll. Er selber verhehlt sich nicht, daß der Stellvertreter „nicht leicht eine ausdrückliche Erklärung darüber abgeben wird, ja daß es ihm an einem klaren Bewußtsein darüber fehlen kann". Meiner Ansicht nach kommt es hier so wenig wie sonst auf das subjective Wissen und Wollen an, es handelt sich hier wie überall bei der Frage von Besitz und Detention lediglich um Anwendung eines Rechtssatzes, der aus gutem Grunde mit dem einen Verhältniß Besitz, mit dem andern Detention verbunden hat. So wenig bei Pacht und Erbpacht die Frage aufgeworfen zu werden braucht, ob der Pächter Besitz oder Detention gewollt hat, ebensowenig im Stellvertretungsverhältniß, und man wird

1) Damit beantwortet sich auch die Frage, ob der Geschäftsherr ohne Cession von Seiten des Ersatzmannes dessen Klage gegen den Dritten als utilis actio anstellen könne, was von manchen Schriftstellern behauptet wird, z. B. Savigny und Puchta, die auch hier wiederum in Verkennung der eminent praktischen Bedeutung der Frage sich lediglich durch einen formalistischen Gesichtspunkt leiten lassen. Savigny bezeichnet die Cession als „überflüssigen Umweg". Ich habe mich dagegen schon in meinen Jahrbüchern I S. 347 (1857), ausgesprochen und das praktische Interesse der Cession (Deckung durch die Klage) hervorgehoben, später noch einmal in meinem Gutachten über den Lucca-Pistoja-Actienstreit (1867), abgedruckt in meinen Vermischten Schriften, S. 358.

zugestehen müssen, daß diese Behandlungsweise hier wie überall die einzig praktisch angemessene ist, da sie den Richter der Frage vom Dasein des individuellen Besitzwillens überhebt.

Das dritte Verhältniß, welches uns Gelegenheit gibt, den Einfluß des Zweckmoments auf den Besitz zu erkennen, ist die Sequestration. Der Depositar erhält lediglich Detention. Der Sequester ist Depositar, folglich müßte auch er bloß Detention bekommen. Machen wir uns klar, was das bedeuten würde. Unter dieser Voraussetzung hätte der Sequester auf Verlangen des einen der beiden Streittheile, der bis dahin Besitzer war, die Sache herausgeben müssen, im Weigerungsfalle hätte derselbe, wie jeder Besitzherr gegen seinen Detentor, Gewalt gegen ihn brauchen dürfen. Daß damit der ganze Zweck der Sequestration vereitelt worden wäre, liegt auf der Hand. Unabhängigkeit des Sequesters von beiden Streittheilen ist die unerläßliche Bedingung der praktischen Zweckerreichung der Sequestration. Der Sequester muß den Streittheilen ebenso selbständig gegenüberstehen wie der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner, das heißt: er muß den Besitz haben. Dies war nicht minder auch im Interesse der Sicherung des Verhältnisses gegenüber dritten Personen geboten. Angenommen, die Sache gelangte in dritte Hände, wer sollte hier das interdictum utrubi anstellen? Der frühere Besitzer? Dann wäre die Sequestration illusorisch gemacht worden. Das Interdict konnte mithin nur dem Sequester gewährt werden.

Das Besitzverhältniß beim Sequester bildet bekanntlich Gegenstand eines heftigen Streits. Ich kann mich hier auf denselben nicht ausführlicher einlassen, ich beschränke mich darauf, kurz anzugeben, wie ich die beiden Stellen, welche desselben gedenken: die l. 17 § 1 Dep. (16. 3) und l. 39 h. t. verstehe. Daß die erste mit dürren Worten dem Sequester den Besitz zuspricht, kann nicht Gegenstand des Zweifels sein.

Rei depositae proprietas, heißt es hier, apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est. Der Uebergang des Besitzes soll demnach schlechthin erfolgen, einer Beschränkung gedenkt der Jurist nicht. Eine solche hat man finden wollen in der zweiten Stelle, wo zwei mögliche Zwecke der Sequestration unterschieden werden, von denen der eine als omittendae possessionis causa, der andere als custodiae causa bezeichnet wird. Versteht man hier unter possessio den juristischen Besitz, so ist klar, daß derselbe für den Fall der depositio custodiae causa negirt wird. Allein possessio wird von den Römern bekanntlich auch auf die Usucapion bezogen. In demselben Sinn, in dem die l. 16 de usurp. (41. 3) vom Pfandschuldner sagt: ad usucapionem possidet, ist in unserer Stelle die possessio lediglich in ihrer Beziehung zur Usucapion gemeint. Dies ergibt sich aus dem an den obigen Gegensatz gereihten Schluß: ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet . . . ad usucapionem eam possessionem victori procedere. Daß der Jurist auch für den Fall der custodiae causa Besitz beim Sequester annimmt, lehren die Worte: eam possessionem, womit er die „possessio ejus“, welche zweifellos auf Besitz zu beziehen ist, in Bezug nimmt.

Die Annahme, daß der Sequester, von dem Fall der beabsichtigten Unterbrechung der Usucapion abgesehen, bloß Detention erhalte, scheint mir ihren letzten Grund in der vorgefaßten Ansicht zu haben, daß das Depositum seiner Natur nach einmal nur Detention gewähren könne. Was es mit diesem Schluß von der Natur des Contractsverhältnisses auf das Besitzverhältniß auf sich hat, haben wir oben bei dem Pachtverhältniß und dem Mandat gesehen. So wenig dasselbe dort dem Besitz des Erbpächters und dem des Ersatzmanns ein Hinderniß entgegensetzte, ebensowenig hier dem des Sequesters.

Wer ihm bloß Detention zuerkennen will, muß Rede und Antwort darüber stehen, wie damit der Zweck der Sequestration vereinbar war. Ich erinnere mich nicht, diesem entscheidenden teleologischen Gesichtspunkt bei dieser Streitfrage begegnet zu sein, die Subjectivitätstheorie ist auch hier über die rein formalistische Betrachtungsweise, daß der Wille, die Sache für den Andern zu haben, den Ausschlag gebe, nicht hinausgekommen.

Das Ergebniß der vorstehenden Untersuchung besteht in dem Satz: praktische Zwecke sind es gewesen, welche die Römer bestimmt haben, in den vier obigen Verhältnissen, in denen der Willenstheorie zufolge Detention hätte eintreten müssen, Besitz anzunehmen. Ohne die Selbständigkeit, welche der Besitz der Partei gewährt, wäre der Geschäftszweck derselben gar nicht erreichbar gewesen. Für die Frage, ob im abgeleiteten Besitzverhältniß Besitz oder Detention eintritt, ist ein und derselbe Gedanke maßgebend: der Zweck. Die richtige Fassung des Problems lautet so, wie ich es in der Ueberschrift bezeichnet habe: Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses.

XVII.

Problematische Besitzverhältnisse.

Es gibt einige Besitzverhältnisse, in Bezug auf welche die Aeußerungen unserer Quellen dem Zweifel Raum lassen, ob Besitz oder Detention, oder unter welchen Voraussetzungen das eine oder andere Besitzverhältniß anzunehmen ist. Es sind die Besitzverhältnisse des Superficiars, des Precaristen und des negotiorum gestor, unter welches letztere auch das des ehrlichen Finders fällt. Sie sollen im Folgenden einer Untersuchung unterzogen werden.

1. Das Besitzverhältniß bei der Superficies[1]).

Es ist eine bekannte Streitfrage, ob der Superficiar Sach- oder Rechtsbesitz hat. Daß er wie petitorisch so auch possessorisch geschützt ist, steht außer Zweifel, der Prätor hatte für ihn ein eigenes Interdict aufgestellt (l. 1 pr. de superf. 43. 18), worin der Ausdruck possidere geflissentlich umgangen und durch frui ersetzt war (uti ... fruimini). Die Frage, ob er als Sach- oder Rechtsbesitzer anzusehen ist, hat lediglich ein doctrinäres Interesse.

---

1) Als deutschen Ausdruck bringe ich dafür nach Analogie der Erbpacht Erbmiethe in Vorschlag, unser Entwurf hat Erbbaurecht, der aber sprachlich die Anwendung dieser Rechtsform auf ein bereits vom Eigenthümer errichtetes Bauwerk ausschließt.

Meine Ansicht geht dahin, daß sich dies nach der verschiedenen factischen Gestaltung des Verhältnisses bestimmt. In dem Fall, den die l. 3 § 7 uti poss. (43. 17) vor Augen hat: si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius quasi dominus (d. i. als Superficiar) moratur, kann dem Superficiar kein Sachbesitz zugeschrieben werden, da die römischen Juristen eine horizontale Theilung des Eigenthums und dem entsprechend auch des Besitzes an einem Gebäude juristisch nicht als möglich anerkennen. Daher erübrigte hier für den Superficiar nichts als der Rechtsbesitz. Man kann auf ihn die Worte anwenden, deren sich Papinian in l. 27 de donat. (39. 5) für die lebenslängliche Einräumung des Wohnungsrechts in einem coenaculum bedient: quasi loco possessoris constitutus, qui usum coenaculi accepit. Demgemäß spricht der Jurist dem Superficiar in jenem Fall das interdictum uti possidetis ab und verweist ihn auf das interdictum de superficiebus, das ihn, wie er hinzufügt, gegenüber dem Grundeigenthümer, wenn dieser das uti possidetis gegen ihn erhebe, vollkommen sicher stelle. Als ein anderes Beispiel dieser partiellen Superficies, wie ich sie nennen möchte, nennt der Jurist in der Stelle Kellerwohnungen (κρύπται). Unser heutiges Leben bietet noch eine Menge anderer Formen dafür dar, beispielsweise nenne ich Felsenkeller und die Boutiken, die an Kirchen oder sonstigen Gebäuden zwischen den Pfeilern angebracht sind.

Die Superficies kann aber auch als totale vorkommen, d. h. so, daß das ganze Gebäude und damit auch der Grund und Boden sich in der ausschließlichen Innehabung des Superficiars befindet[1]). Auch hier würde der Rechtsbesitz zur

---

1) Dafür bedienen sich die Quellen des Ausdrucks superficiaria insula (l. 9 § 4, l. 39 § 2 Damni inf. 39. 2), superficiarium prae-

Sicherstellung des Superficiars vollständig ausgereicht haben, ein praktischer Grund, Sachbesitz anzunehmen, lag hier nicht vor. Gleichwohl dürfte die Ansicht, daß die römischen Juristen sich hier für Sachbesitz entschieden haben, das Meiste für sich haben. Das Argument, welches Manche der l. 1 § 5 de vi (43. 15) entnehmen, worin dem Superficiar das interdictum unde vi zugesprochen wird, ist kein stichhaltiges, denn dasselbe wird auch dem Usufructuar und selbst dem Usuar eingeräumt (l. 3 § 13, 16 ibid.), die bekanntlich nur Rechtsbesitz haben. Dagegen lege ich Werth auf die Uebereinstimmung des Verhältnisses mit dem bei dem ager vectigalis und der Emphyteuse. Hier wie dort dieselbe äußere Gestaltung des Verhältnisses zur Sache: ausschließliche factische Herrschaft über die Sache und dieselbe rechtliche Beziehung zu derselben: völlig gesicherter Rechtsschutz und freies Veräußerungsrecht. Es lag für die römischen Juristen nicht der mindeste Grund vor, das Besitzverhältniß bei der Superficies anders zu gestalten, als beim ager vectigalis. Angenommen, daß zu der Zeit, wo sie sich darüber schlüssig zu werden hatten, die partielle Superficies noch gar nicht bekannt war, was die höchste Wahrscheinlichkeit für sich hat (s. u.), so hatten sie nicht den mindesten Anlaß, für die totale Superficies erst den Begriff der juris possessio zu erfinden oder, wenn er für die persönlichen Servituten bereits aufgestellt war (S. 139), auf sie zu übertragen. Fanden sie nichts Widerstrebendes darin, bei dem ager vectigalis Sachbesitz anzunehmen, warum nicht auch bei der Superficies? Der juris possessio bedurfte es erst, als in der partiellen Superficies eine neue Form derselben aufkam, auf welche der Sachbesitz keine Anwendung finden konnte.

---

dium (l. 16 § 2 de pign. 13. 7), superficiem imponere (l. 18 § 4 Damni inf.).

Welche von beiden Formen hat nun die Wahrscheinlichkeit der historischen Priorität für sich? Die Superficies ist etwas Künstliches. Wer ein Haus bauen will, kauft sich den Grund und Boden, die Miethe eines Bauplatzes ist etwas so Gesuchtes, daß man sich genöthigt sieht, sich nach einem Motiv dafür umzusehen. Man hat dasselbe, und meiner Ansicht nach mit Recht, in dem Bauen auf öffentlichem Grund und Boden erblickt. Wir wissen, daß sich in Rom auf öffentlichem Grund und Boden Boutiken zum Gewerbebetrieb befanden (tabernae publicae, l. 32 de cont. emt. 18. 1), selbst auf dem Forum, z. B. Wechslerbuden. Hier war der Anlaß zur Bodenmiethe ein unabweisbarer. Der Staat behielt sich aus Gründen, die der Darlegung nicht bedürfen, das Eigenthum an Grund und Boden vor, derselbe ward nicht verkauft, sondern nur vermiethet. Aber der Gesichtspunkt der Miethe konnte hier, abgesehen von der einzigen Consequenz der Verpflichtung zur Zahlung des Bodenzinses (solarium), nicht durchgeführt werden. Es gilt hier ganz dasselbe, was oben (S. 374) von der Erbpacht gesagt worden ist. Der Miether mußte hier ebenso sicher gestellt werden wie dort der Pächter, sonst hätte er gar nicht gebaut, d. h. es mußte ihm gleich diesem ein unentziehbares, mit dem nöthigen petitorischen wie possessorischen Schutz ausgestattetes und zugleich übertragbares Recht, ein jus in re eingeräumt werden. Damit war er auf seine eigenen Füße gestellt, und der Staat der Weitläufigkeit, an seiner Statt die Klagen anzustellen, überhoben. Diese Gestaltung des Verhältnisses entsprach hier wie dort dem Interesse beider Theile.

Auf diese Weise d. i. durch Annahme des öffentlichen Ursprunges des Instituts haben wir eine Erklärungsweise für die eigenthümliche Gestaltung desselben gewonnen, welche dieselbe ebenso leicht begreiflich macht, wie sie sonst

schwer verständlich sein würde. Als fertiges Institut ist die Superficies dann ebenso wie die Emphyteuse (S. 375) auf Privatländereien übertragen worden. Der Parallelismus beider Institute wiederholt sich wie bei ihrer Entstehung so auch in ihrer späteren Entwicklung.

Erst nachdem man sich in der hier als ursprünglich nachgewiesenen Gestalt der totalen Superficies an das Verhältniß gewöhnt hatte, hat man es auf die partielle übertragen. Da das interdictum uti possidetis auf sie aus dem oben angegebenen Grunde keine Anwendung finden konnte, so ward die Aufstellung eines besonderen possessorischen Interdicts nothwendig. Es war das interdictum de superficiebus, welches an Stelle des „possidere" das „frui" setzte. Die Jurisprudenz brachte das Besitzverhältniß unter denselben Gesichtspunkt, wie den ususfructus der Ehefrau: unter den der juris possessio.

Für die Teleologie des abgeleiteten Besitzverhältnisses ist der Gegensatz des Erbmiethers zum Miether ebenso lehrreich, wie der des Erbpächters zum Zeitpächter und der des Ersatzmannes zum Stellvertreter, der maßgebende Einfluß, den das Zweckmoment in demselben ausübt, kann nicht deutlicher zu Tage treten, als wenn in einem und demselben obligatorischen Verhältniß, je nach Verschiedenheit dessen, was dasselbe mit sich bringt, bald Besitz, bald Detention eintritt.

2. Der Prekarist.

Der Besitz des Prekaristen gehört zu den befremdlichsten Erscheinungen der römischen Besitzeslehre. Sein Verhältniß zur Sache wird von den römischen Juristen mit dem des Commodatars auf eine Linie gestellt (simile commodato l. 1 § 3 de prec. 43. 26), ja es reicht insofern nicht einmal an dasselbe hinan, als das auf bestimmte Zeit verabredete Commodat rechtsverbindlich (l. 17 § 3 Comm. 13. 6), das auf bestimmte

Zeit zugesicherte Prekarium unverbindlich ist (l. 12 pr. de prec.), jenes ist ein Rechtsgeschäft (geritur negotium invicem l. 17 § 3 cit.), dieses nicht (magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat l. 14 de prec.). Und doch erhält der Commodatar nur Detention, der Prekarist Besitz. Noch greller ist das Mißverhältniß zum Pächter. Der Pächter zahlt Geld für die Benutzung der Sache, der Prekarist erhält sie umsonst. Wenn man Jemandem, der nichts von ihrem Besitzverhältniß wüßte, mittheilte: eine von beiden Personen hat Besitz, die andere Detention, wer würde nicht im Pächter den Besitzer, im Prekaristen den Detentor vermuthen?

Mit der Theorie des animus domini ist der Besitz des Prekaristen schlechterdings unvereinbar, denn der Prekarist will nicht eigenes, sondern fremdes Eigenthum ausüben und auch das nicht einmal in Form eines ihm zustehenden contractlichen Anspruchs, sondern lediglich auf Grund einer jeder Zeit widerruflichen Gefälligkeit. Savigny ist auch hier um einen Grund nicht verlegen. „Der Grund", sagt er (S. 302), „warum Uebertragung des Besitzes als Regel angenommen wird, liegt darin, daß sie dem Eigenthümer (rogatus) nicht schadet, sein Usucapionsbesitz wird nämlich durch accessio possessionis fortgesetzt, und er hat ein eigenes interdictum recuperandae possessionis, um den veräußerten Besitz wieder zu erlangen." Warum haben aber dann die Römer dieselbe Behandlungsweise nicht auch bei Pacht, Miethe, Commodat u. s. w. eintreten lassen? Die eigenthümliche Behandlungsweise beim Prekarium wird dadurch in keiner Weise erklärt.

Um das Maß des Unbegreiflichen voll zu machen, erkennt aber das römische Recht neben dem Besitz als der regelmäßigen Form des Besitzverhältnisses beim Prekarium [1]) auch die

---

1) Der Eindruck der Quellen läßt darüber keinen Zweifel, s. z. B.

Möglichkeit an, damit bloß Detention zu verbinden[1]). Wozu das? Weil es im Interesse des Concedenten liegt, den Besitz zu behalten? Aber wie kam dann das Recht dazu, den Uebergang desselben auf den Prekaristen als die Regel, das heißt doch: als die dem Zweck des Verhältnisses und der muthmaßlichen Intention der Parteien entsprechende aufzustellen?

Zu diesem Räthsel, welches das Besitzverhältniß uns aufgibt, gesellen sich noch andere hinzu. Es ist ein allbekannter Grundsatz des römischen Rechts, daß derjenige, der ein Interesse bei dem Geschäft hat, für culpa levis haftet. Das Prekarium wird der Theorie der römischen Juristen zufolge ausschließlich im Interesse des Prekaristen eingegangen, und dennoch haftet er nur für dolus und culpa lata. In allen anderen Fällen wird die Verpflichtung zur Rückgabe der vorübergehend gegebenen Sache mittelst einer actio in personam erzwungen, hier durch ein Interdikt — warum? Und sodann: dies Interdikt ist eingeführt für unbewegliche Sachen[2]) und erst später auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden. Seltsam! Sind die Römer früher dazu gekommen, unbewegliche Sachen zur unentgeltlichen Benutzung zu überlassen, als bewegliche? Unentgeltliche Zuwendungen lagen bekanntlich überhaupt nicht in ihrer Weise, geradezu undenkbar aber muß es erscheinen, daß dieselben bei Grundstücken so häufig waren, daß der Prätor sich gedrungen fühlen konnte, dafür ein eigenes Interdikt aufzustellen.

---

l. 4 § 1 de prec. (43. 26). Paulus S. R. V. 6 § 11, 12, und dies ist auch die herrschende Ansicht, s. Savigny, S. 302.

1) l. 6 § 2 l. 10 § 1 ibid., l. 11 § 12 quod vi (43. 24).

2) Dies ergibt sich aus der Stellung desselben im Edikt bei den Interdicten für unbewegliche Sachen, denen erst später die für bewegliche angeschlossen werden, eine Anordnung, die in den Pandekten beibehalten ist (D. 43, 16—28 u. 29—33); s. auch l. 4 pr. de prec.: In rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit, und Isidor Orig. V. 25 . . fundi.

Der Eindruck des überaus Räthselhaften des Instituts legt die Nöthigung auf, sich nach einer Erklärung umzusehen. Savigny hat dieselbe in dem historischen Ursprung des Instituts zu finden geglaubt, nämlich in der von Niebuhr angenommenen Bestimmung desselben für den Patron, der dem Klienten ein Stück von dem in seinem Besitz befindlichen ager publicus znr Bewirthschaftung überlassen habe [1]). Seiner Meinung nach (S. 464) „lösen sich damit alle diese Räthsel". Das ist auch die herrschende Ansicht, und ich erinnre mich nicht, einem Versuch der Widerlegung des Savigny'schen Erklärungsversuchs begegnet zu sein. Die folgende Ausführung soll die Unhaltbarkeit desselben darthun.

Auch ich gehe von der Annahme aus, daß das Prekarium ursprünglich die Form der patronatischen Landleihe an den Klienten gewesen ist [2]). Aber das Verhältniß war nicht rechtlicher Art, wie Savigny annimmt, sondern es stand gleich dem persönlichen Verhältniß des Patrons zum Klienten nur unter dem Schutz der Sitte.

Der Klient konnte nicht vor Gericht auftreten, an seiner Stelle that es der Patron. Selbstverständlich konnte daher von einer Klage des Patrons gegen den Klienten nicht die Rede sein. Der Gedanke Savigny's, daß auf diesen Fall das interdictum de precario berechnet gewesen sei, übersieht nicht weniger als

---

1) Theodor Mommsen, der sich früher (Röm. Forschungen, B. 1, Aufl. 2, S. 380, Röm. Geschichte, B. 1, Aufl. 4, S. 194) der Ansicht von Niebuhr angeschlossen hatte, hat neuerdings (Röm. Staatsrecht, B. 2, Aufl. 2, S. 456) in dem Verhältniß der Possessoren am ager publicus noch einen zweiten Fall des Prekariums zu finden geglaubt. Meiner Ansicht nach mit Unrecht. Der ager publicus ward von den Censoren verpachtet, Pacht und Prekarium aber schlossen sich aus, l. 10 § 1 h. t.

2) Ich habe die Ansicht im Zusammenhange mit dem persönlichen Verhältniß des Patrons zum Klienten in meinem Geist des R. R. I, S. 236 fl. ausführlicher zu begründen versucht.

dreierlei. Erstens, daß dasselbe in dem Verhältniß beider Personen rechtlich unmöglich war. Zweitens, daß es, selbst wenn es rechtlich möglich gewesen, praktisch überflüssig war. Der Fall eines „Klienten, der nicht weichen wollte" (Savigny, S. 464), war ebensowenig zu besorgen als Widersetzlichkeit von Seiten eines Sklaven oder Hauskindes, jedenfalls war der Patron in der Lage, den Widerstand zu brechen. Drittens, daß das interdictum de precario nicht in die alte Zeit hinein paßt, da die rechtsbildende Thätigkeit des Prätors erst mit Einführung des Formularprocesses beginnt[1]).

Das Verhältniß des Patrons zum Klienten war kein anderes als das des Hausvaters zu seinen Kindern, und es wird von Festus in der Stelle, wo er dessen gedenkt („Patres") in Bezug auf die Zutheilung des Landes an sie dem letzteren zur Seite gestellt[2]), das precarium stand juristisch auf einer Linie mit dem peculium.

Daraus ergibt sich, daß das Verhältniß nicht Besitz, sondern nur Detention sein konnte. Damit haben wir schon für die älteste Zeit die praktische Realität des „in possessione esse" des Prekaristen dargethan. Auch hier hat sich unser Gesichtspunkt bewährt, daß die Detention nicht in der Willensbestimmung des Detentors, sondern in einem von seinem Willen gänzlich unabhängigen Umstande d. i. in einem Besitzhinderniß, unserm — n ihren Grund hatte. Das Besitzhinderniß war hier dasselbe wie bei den Hauskindern: ein persönliches Abhängigkeitsverhältniß.

Ich habe seiner Zeit (S. 110) die Ansicht zu begründen versucht, daß die ursprüngliche Gestalt der Detention in dem

---

1) Mein citirtes Werk II S. 78, III S. 649.

2) Agrorum partes [tenuioribus adtribuebant] perinde ac liberis.

realen Mitbesitz neben dem Besitzherrn bestanden habe, und ich habe die sprachliche Ausprägung dieses Gedankens in dem Ausdruck: in possessione esse zu entdecken geglaubt. Dies Verhältniß traf auch für den Klienten zu, er lebte nach Art der Hörigen (cliens von *κλύειν* hören), Hintersassen, Grundholden des deutschen Mittelalters auf dem Hofe des Herrn, wo ihm ein Stück Land zur eigenen Bewirthschaftung überlassen war [1]), während er sein Vieh (Kleinvieh = peculium von pecus) auf die Weide des Patrons trieb [2]). Die ihm obliegenden Dienste bildeten das Aequivalent der ihm gewährten Begünstigung. Nach Niebuhr, dem alle späteren Schriftsteller gefolgt sind, hätte der Patron ihm bloß ein Stück von dem in seinem Besitz befindlichen ager publicus eingeräumt. Ein Grund dafür ist weder beigebracht, noch abzusehen.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß die Ansicht, welche Savigny über die Gestaltung des Prekariums in der Urzeit aufstellt, unhaltbar ist.

Seine Meinung über den ferneren Verlauf der Entwicklungsgeschichte des Prekariums ist nicht minder verfehlt. „Vielleicht", sagt er (S. 465), „wäre aber das Prekarium als überflüssig gänzlich verschwunden, wenn es nicht zufällig wieder für ein anderes Rechtsinstitut (als solches nennt er die fiduciarische Verpfändung) wichtig geworden wäre, im justinianischen Recht ist auch diese Anwendung wieder verschwunden."

Ich habe dagegen Folgendes zu bemerken. Erstens beschränkte sich die Anwendbarkeit des Prekariums in der klassischen Zeit keineswegs auf die fiduciarische Verpfändung,

---

1) S. die oben citirte Stelle von Festus: partes agrorum.
2) S. die von mir dafür a. a. O. S. 242 Anm. beigebrachten Belege.

es gab noch eine Reihe anderer Anwendungsfälle (s. u.), insbesondere fand es sich beim Faustpfand in täglicher Uebung [1]). Sodann stellt die Annahme, daß dasselbe vielleicht gänzlich untergegangen wäre, wenn es nicht zufällig im Verhältniß der fiduciarischen Verpfändung sein Leben gefristet hätte, den wirklichen historischen Sachverhalt gänzlich auf den Kopf. Selbst wenn das Prekarium noch nicht dagewesen wäre, so hätte es bei denjenigen Verhältnissen, bei denen wir ihm im neuern Recht begegnen, mit Nothwendigkeit ins Leben treten müssen. Man kann den ursprünglichen Anwendungsfall desselben gänzlich hinwegdenken, ohne daß dies dem Verständniß seines späteren Vorkommens den mindesten Eintrag thut.

Und nun schließlich die Behauptung, daß das Prekarium im justinianischen Recht seine Anwendbarkeit verloren habe! Als ob die Kompilatoren unter dieser Voraussetzung demselben einen ganzen breit angelegten Titel gewidmet hätten [2]). Sämmtliche Fälle, deren derselbe gedenkt, waren für Justinians Zeit ebenso praktisch als zur Zeit der klassischen Juristen.

Der historische Weg, der nach Savigny's Verheißung die Räthsel des Prekariums lösen soll, fügt zu den bereits vorhandenen noch ein neues hinzu. Er muthet uns zu, zu glauben, daß ein Institut, das auf die Verhältnisse der Urzeit berechnet war, sich Jahrhunderte lang durch das bloße Trägheitsgesetz behauptet habe, ohne daß irgend einer der vielen Prätoren, die mit jedem Jahre von neuem das angeblich aus der Urzeit übernommene interdictum de precario proponirten, und schließlich selbst Julian bei der Redaktion des Edic-

1) Ulpian in l. 6 § 4 de prec. (43. 26) . . cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt.

2) Der höchst wichtige Titel de Publiciana in rem actione (VI, 2) enthält nur 17, der unsrige 22 Stellen. Der Titel wiederholt sich selbst in den Basiliken (58, 24).

tum perpetuum auf den Gedanken gerathen wären, dasselbe vom Standpunkt der Gegenwart einer Kritik zu unterwerfen, es fallen zu lassen, wenn es überflüssig geworden war, wozu ja das inzwischen zur Klagbarkeit gelangte Commodat Anlaß hätte bieten können, oder es wenigstens angemessen umzugestalten. Es sind nicht weniger als drei Punkte, welche Befremden erregen. Der erste. Die Jurisprudenz hatte inzwischen die Theorie der culpa ausgebildet und den Grundsatz aufgestellt, daß derjenige, der ein Interesse beim Vertrage habe, für culpa levis hafte, und hatte dementsprechend den Commodatar für culpa levis verantwortlich erklärt. Trotzdem beschränkte der Prätor in dem Interdikt die Haftung des Prekaristen auf dolus; die Ausdehnung derselben auf culpa lata war das Werk der Jurisprudenz. Warum that er es? Bloß weil das Interdikt in der Urzeit auf dolus gelautet hatte? Der zweite Punkt. Der Commodatar kann wegen seiner nothwendigen Auslagen Ersatz verlangen, der Prekarist nicht? Warum nicht? Bloß des historischen Grundes wegen, weil der Klient keine Forderungen gegen den Patron haben konnte? Der dritte Punkt. Der Commodatar detinirt, der Prekarist besitzt. Angenommen, er hätte bereits in der Urzeit Besitz gehabt, wovon wir oben das Gegentheil dargethan haben, warum stellte man ihn nicht auch in dieser Beziehung mit dem Commodatar auf eine Linie?

Ich glaube damit zur Genüge dargethan zu haben, daß der von Savigny eingeschlagene historische Weg nicht zum Ziele führt. Versuchen wir es mit dem praktischen.

Drei Punkte sind es, die der Erklärung bedürfen: der Besitz des Prekaristen — die Beschränkung seiner Haftung im Interdikt auf dolus — die Ausschließung seiner Gegenforderung für Impensen. Der Schlüssel zu ihrer Erklärung liegt in der praktischen Function des Prekariums im

römischen Leben, die wir uns zu dem Zweck zu vergegenwärtigen haben.

Ich unterscheide zwei Funktionen: die *geschäftliche* und die *liberale*. Den römischen Juristen ist diese Unterscheidung fremd, sie gedenken nur der zweiten [1]); wie sie dazu gelangten, hoffe ich unten darthun zu können. Daß die Annahme der ersteren thatsächlich nicht umgangen werden kann, wird sich aus dem Folgenden ergeben.

1. *Die geschäftliche Function des Prekariums.*

Unsere Quellen machen zwei Fälle namhaft, wo das Prekarium in Verbindung mit einem unter den beiden Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäft d. i. in seiner geschäftlichen Function vorkam. Das eine Geschäft war die *Verpfändung*, das andere die *Eigenthumsübertragung*.

Die Verpfändung. Das römische Recht kannte bekanntlich zwei Formen derselben: die nur bei res mancipi anwendbare *fiduciarische*, bei der der Schuldner durch mancipatio oder in jure cessio das Eigenthum übertrug und sich durch einen ursprünglich klaglosen, später klagbar gewordenen Nebenvertrag (fiducia) die Einlösung innerhalb bestimmter Zeit vorbehielt, und die *pfandrechtliche* im heutigen Sinne des Wortes mittelst pignus oder hypotheca. Bei der Verpfändung unbeweglicher Sachen konnte der Gläubiger ohne Gefahr den Besitz vorläufig beim Schuldner belassen, aber die Art, wie es geschah, war für seine Rechtsstellung nicht ohne Bedeutung. Geschah es ohne weiteren Vorbehalt, so konnte er sich den Besitz nur mittelst der in rem actio verschaffen,

---

1) *Liberalitas*: l. 1 § 1, l. 2 § 2, l. 8 § 3, *beneficium* l. 14, Verwandtschaft mit Schenkung und Commodat l. 1 § 2, 3 de prec. (43, 26).

und für die fiducia galt in diesem Falle noch die Besonderheit der usureceptio lucrativa (Gaj. II 60) d. h. die Extinctivverjährung mit Ablauf eines Jahres. Beiden Unvollkommenheiten beugte der Gläubiger dadurch vor, daß er das Grundstück dem Schuldner entweder verpachtete oder zum Prekarium gab. Ersteres empfahl sich, wenn das Kapital auf längere Zeit geliehen ward, und periodische Zinszahlungen verabredet waren, der Pachtzins vertrat hier die Stelle des Kapitalzinses. Bei einer auf kürzere Zeit gemachten Anleihe, bei der Kapital und Zinsen erst am Verfalltage entrichtet werden sollten, griff man zum Prekarium. In beiden Fällen war der Gläubiger in die Lage versetzt, sich am Verfalltage sofort den Besitz verschaffen zu können. In dem einen hatte er als Besitzer gegenüber dem Detentor, in dem andern als possessor justus gegenüber dem injustus die Befugniß zur eigenmächtigen Wegnahme, stieß er auf Widerstand, so hatte er dort das interdictum uti possidetis, hier das interdictum de precario. Die usureceptio war in beiden Fällen durch die eigenthümliche Qualification des Besitzes ausgeschlossen.

Auch bei der hypothekarischen Verpfändung, wo die Gefahr der usureceptio nicht bestand, war das Prekarium im Interesse der sofortigen Besitzerlangung äußerst vortheilhaft. Bei der actio hypothecaria mußte der Gläubiger den unter Umständen mit manchen Weiterungen verknüpften Beweis seines Pfandrechts erbringen, beim interdictum de precario lediglich den sehr leicht zu erbringenden des Prekariums. Vom pignus galt für den Fall, daß der Pfandschuldner den Besitz der Sache zurückerhalten sollte, ganz dasselbe.

Aus dieser Zweckverwendung des Prekariums für das Pfandrecht erklären sich folgende vier Eigenthümlichkeiten desselben.

Zuerst der Satz, daß es nicht durch Besitz in der Person des Concedenten bedingt ist [1]). Derselbe war auf das Verhältniß wie berechnet. Hätte es des Besitzes in der Person des Concedenten bedurft, so hätte derselbe erst vom Schuldner auf den Gläubiger übertragen und dann von diesem auf jenen zurückübertragen werden müssen, was bei abwesenden Grundstücken mit großen Weiterungen und Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre. Der angegebene Satz ersparte dieselben, die fiduciarische und hypothekarische Verpfändung von Grundstücken mit Einschluß des Prekariums konnte auch in Abwesenheit der Parteien erfolgen. Mit gutem Bedacht hatte daher der Prätor das Interdikt nicht auf Uebertragung des Besitzes, sondern lediglich auf: quod precario ab illo habes gestellt, es enthielt den processualischen Ausdruck des obigen Satzes. Hätten die römischen Juristen die früher (S. 212) widerlegte moderne Ansicht von der unbeschränkten Verwendbarkeit des Constitutum possessorium getheilt, so hätte sie hier zu Tage treten müssen, und Julian hätte in der Stelle in der Note, anstatt zu sagen, daß man den Besitz precario gewähren könne, ohne ihn selber zu haben, den Besitz mit Zuhülfenahme des angegebenen Gesichtspunktes in der Person des Concedenten als vorhanden deduciren können.

Zweitens der Satz, daß der Pfandschuldner den Besitz erhält. Der Umstand, daß das Prekarium in seiner ursprünglichen Gestalt beim Klienten bloß mit Detention verbunden war, schließt die Erklärung dieses Satzes auf historischem Wege

---

1) Julian in l. 18 ibid. Unus quisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat. Schon hieraus allein ergibt sich die Irrigkeit der Ansicht von Savigny, welcher das interdictum de precario als interdictum recuperandae possessionis bezeichnet. Eine eingehendere Widerlegung derselben s. in meiner Schrift über den Grund des Besitzesschutzes, Aufl. 2, S. 96 fl.

aus und läßt über die Absichtlichkeit, mit der an Stelle der Detention der Besitz gesetzt ward, keinen Zweifel. Und welche andere Gestaltung hätte man der Sache auch geben sollen? Angenommen, man hätte dem Pfandschuldner bloß Detention zugestehen wollen, so hätte im Fall einer Störung oder Entziehung des Besitzes der Gläubiger an seiner Statt die possessorischen Interdikte erheben müssen. Wenn beide Theile an demselben Orte wohnten, hatte das wenig auf sich, in dem Fall dagegen, wenn der Darleiher in Rom, der Entleiher in einem weit entlegenen Municipium, z. B. in Oberitalien oder Unteritalien, wohnte, sehr viel. Hier hätte der Schuldner erst in Rom beim Gläubiger Hülfe suchen müssen, während er sie, wenn er selber als Besitzer auftreten konnte, in nächster Nähe hatte. Die selbständige besitzrechtliche Stellung des Schuldners war hier durch das Interesse des Gläubigers ganz ebenso geboten, wie beim Emphyteuta (S. 375). Er selber war in besitzrechtlicher Beziehung durch das interdictum de precario vollständig sicher gestellt, wozu also eine Abweichung von demjenigen, was das wohlverstandene Interesse beider Theile und die natürliche Volksanschauung, die in dem Verpfänder den Besitzer und Eigenthümer erblickte, mit sich brachte?

Drittens die Beschränkung der Haftung des Pfandschuldners im Interdict auf dolus („aut dolo malo fecisti, ut desineres habere"). Der Pfandgläubiger hat seine eigene Sache in Händen, bei der pfandrechtlichen Verpfändung im streng juristischen, bei der fiduciarischen wenigstens im ökonomischen Sinn. Darin aber liegt für ihn der mächtigste Sporn zur diligentia, er schneidet in sein eigenes Fleisch, wenn er das Grundstück verwildern, das Haus verfallen läßt[1]). Aller-

1) Es läßt sich darauf anwenden, was l. 1 § 23 de coll. (37. 6) sagt: hic et sibi insidiatus est.

dings auch in das des Gläubigers, und wenn die Römer sich bei Aufstellung ihrer Rechtssätze durch abstracte Möglichkeiten und das Bestreben vollständiger, untadelhafter systematischer Abrundung einer Lehre, kurz durch doctrinäre Ideen hätten leiten lassen, so hätte der Prätor, weil auch der Gläubiger unter der culpa levis des Schuldners leiden kann, diesen dafür verantwortlich machen müssen. Er hat es nicht gethan, ja nicht einmal eine Haftung für culpa lata, sondern lediglich für dolus ausgesprochen und auch die letztere auf die Voraussetzung des dolo desinere habere beschränkt. Warum diese Beschränkung? Daß Jemand absichtlich die eigene Sache beschädigte, bloß um einem Andern, der mittelbar darunter leiden würde, einen Possen zu spielen, war nicht zu besorgen, die einzige Gefahr, welche praktisch dem Gläubiger drohte, bestand in der Veräußerung, denn sie schädigte lediglich den Gläubiger, während sie dem Schuldner zum Vortheil gereichte. Wenn Ulpian in l. 8 § 3 ibid. die Haftung auf culpa lata erweitert, so zeigt die Art, wie es geschieht: culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit, daß er damit keinen in der Praxis feststehenden Satz, sondern eine individuelle Ansicht aussprach, und das dargelegte Verhältniß bei der Verpfändung macht es erklärlich, warum die Frage von der Haftung für culpa lata in der Praxis gar nicht aufgetaucht war. Auch bei der hypothekarischen Verpfändung wird derselben in unseren Quellen meines Wissens nirgends gedacht. Man wird erwidern: weil dadurch kein obligatorisches Verhältniß zwischen beiden Theilen begründet wird. Allein das ist ein bloßer Scheingrund. Hätten die Römer es für praktisch geboten erachtet, daß der Hypothekarschuldner dem Gläubiger auch für culpa hafte, so würden sie es an dem entsprechenden Rechtssatz hier so wenig wie sonst haben fehlen lassen, und die Juristen würden daraufhin das Verhältniß für ein obligatorisches erklärt haben.

Die Nichtannahme eines obligatorischen Verhältnisses Seitens der Theorie ist lediglich der constructive Ausdruck dafür, daß das Recht die Anordnung einer Haftung des Pfandschuldners für culpa nicht für erforderlich gehalten hat.

Viertens: Ausschließung des Ersatzanspruchs wegen der vom Prekaristen gemachten Auslagen. In allen andern Verhältnissen vergessen unsere Quellen nicht desselben zu gedenken, so z. B. auch beim Commodat (l. 18 § 2 Commod. 13. 6), nur beim Prekarium unterlassen sie es. Ist das Zufall? Ich meine nicht, ich erblicke darin vielmehr die stillschweigende Aberkennung des Anspruchs[1]). Was mag der Grund sein? Der Umstand, daß das Prekarium kein Obligationsverhältniß war, kann es nicht gewesen sein, denn bei der rei vindicatio wird der Anspruch auch dem Besitzer zugestanden. Ebensowenig der, daß das Prekarium aus einer Zeit stammte, wo das Recht angeblich Gegenansprüche des Beklagten noch nicht zuließ, bei der Dos kannte es sie schon in alter Zeit[2]). Und selbst angenommen, zur Zeit der ersten Einführung des Interdicts hätte man sich zu dem Gedanken eines Gegenanspruches des Beklagten noch nicht zu erheben vermocht, so ist nicht abzusehen, warum man, nachdem derselbe bei allen andern Verhältnissen sich Geltung verschafft hatte, ihn nicht auch in das Prekarium hätte hinübernehmen und das Interdict dementsprechend umgestalten sollen, dasselbe war ja kein versteinertes, unabänderliches Stück Vergangenheit, es ward mit jedem Jahre von neuem proponirt, konnte also den Bedürfnissen der Gegenwart völlig angepaßt werden.

Für das pfandrechtliche Verhältniß liegt der Grund auf offener Hand. Der Pfandgläubiger macht die Auslagen auf

---

1) So auch Windscheid, Lehrbuch II § 376 Note 7.

2) Geist des R. R. IV S. 69, es ergibt sich aus dem Satz: Impensae necessariae dotem ipso jure minuunt.

seine eigene Sache (der Leser weiß, in welchem Sinn dieser Ausdruck hier gemeint ist), es ist sein eigenes Interesse, das ihn dazu bestimmt, dem Schuldner kommen die Auslagen nur in Form der Reflexwirkung zu gute. Mit der Ausschließung seines Ersatzanspruches verhält es sich ebenso wie mit seiner Nichthaftung für culpa, beide sind die Consequenzen eines und desselben Gesichtspunktes: seiner wirthschaftlichen Selbständigkeit.

Im Bisherigen sind wir keinem Satz des Prekariums begegnet, der zu dem Verhältniß der Verpfändung nicht stimmte. Aber zwei Sätze gibt es, die zu demselben nicht passen, der eine: daß dasselbe eine Liberalität enthalte, der andere, daß es jeder Zeit vom Concedenten beliebig widerrufen werden könne. Die Betrachtung des letzteren Satzes verschiebe ich auf unser zweites Verhältniß, wo der Ungrund desselben dargethan werden wird, hier fassen wir nur den ersten ins Auge.

Eine Liberalität ist es, wenn der Gläubiger, ohne sich dazu bei Abschluß des Vertrages verpflichtet zu haben, den Besitz des Pfandes dem Schuldner hinterher freiwillig einräumt. Ist aber eine darauf gerichtete Vereinbarung getroffen, so kann von einer Liberalität keine Rede sein, die Nebenberedung über den Besitz bildet dann einen Theil des Hauptvertrages, der Gläubiger, der dem Schuldner den Besitz läßt, erweist ihm damit keine Gunst, Gefälligkeit, sondern erfüllt einfach nur die übernommene Verbindlichkeit. Wie kamen nun die römischen Juristen dazu, das Prekarium schlechthin als Gefälligkeit zu charakterisiren, ohne für die Abweichung, welche die Vereinbarung der Parteien beim Pfandvertrage begründen kann, Raum zu lassen? Ich finde dafür keinen andern als den folgenden historischen Grund.

Die fiduciarische Verpfändung, bei der das moderne Prekarium aller Wahrscheinlichkeit nach zuerst zu Tage getreten

ist, gewährte ursprünglich dem Schuldner keinerlei Rechtsanspruch, der Vertrag, durch den er sich die Einlösung vorbehielt, konnte als ein mit dem Hauptgeschäft: der mancipatio oder in jure cessio incompatibler Bestandtheil nicht in die Formel desselben aufgenommen werden [1]), er war ein accessorisches Nebengeschäft ohne rechtliche Verbindlichkeit, lediglich durch die fides gesichert (fiducia). Ganz dasselbe aber, was von dem Vorbehalt des Einlösungsrechts, galt auch von dem des Besitzes, juristisch gesprochen lag hier ebenso wenig eine Verbindlichkeit vor wie dort, und wenn der Gläubiger dem Schuldner thatsächlich die Einlösung und den Besitz verstattete, so that er es dem Recht zufolge aus freien Stücken. Insofern fiel also auch das zwischen den Parteien verabredete Prekarium unter denselben Gesichtspunkt, wie das freie: unter den einer liberalitas.

Man kann es verstehen, daß die altrömische Jurisprudenz diesen Gesichtspunkt aufstellte, aber es ist schwer zu begreifen, wie die neuere daran festzuhalten vermochte. Der Fiduciarvertrag war inzwischen klagbar geworden (actio fiduciae) und damit die bindende Kraft der formlosen Vereinbarung anerkannt. Die Consequenz hätte es erfordert, sie auch für das Prekarium anzuerkennen, und in praktischer Beziehung ist es in der That geschehen: der Grundsatz der beliebigen Widerruflichkeit ist von der neuern Jurisprudenz für das geschäftliche Prekarium außer Anwendung gesetzt worden (s. u.). Allein in der Theorie hat sie an der hergebrachten Begriffsformulirung der liberalitas festgehalten. Aber was sie versäumt hat, haben wir nachzuholen. Der Begriff der liberalitas hat für das bei Gelegenheit eines Contractverhältnisses vereinbarte Prekarium: das geschäftliche, wie ich es nenne,

1) Geist des R. R. III S. 530.

nicht die mindeste Wahrheit, dasselbe enthält in Wirklichkeit keine Gefälligkeit, sondern nichts als die Erfüllung einer vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit.

Das zweite Verhältniß, bei dem uns das Prekarium in seiner geschäftlichen Function in den Quellen begegnet, ist der Kaufvertrag, genauer gesprochen zwei Nebenverträge desselben: die lex commissoria und die addictio in diem[1]). Will der Verkäufer sich im Fall der Creditirung des Kaufpreises zu seiner Sicherheit das Eigenthum vorbehalten, so dient ihm dazu im heutigen Recht das s. g. pactum reservati dominii. Die römische Form dafür war das Prekarium. In der Hingabe der Sache zum bloßen Prekarium lag die Erklärung, daß die Tradition nicht zum Zweck der Uebertragung des Eigenthums, sondern lediglich des Besitzes erfolge, der Prekarist erkannte damit den Tradenten zunächst noch als Eigenthümer an.

Auch in diesem Verhältniß verhält es sich mit dem Gesichtspunkt der liberalitas nicht anders, als beim Pfandvertrage. Es ist keine Gunst, die der Verkäufer dem Käufer erweist, indem er ihm die Sache bereits vor Zahlung des Preises tradirt, sondern dies ist contractlich ausgemacht, der Käufer hat also ein gutes Recht auf den Besitz. Eben darum darf ihm derselbe bis zum Eintritt des Umstandes, der den Verkäufer zur Rückforderung berechtigt, nicht entzogen werden. Dies wird von Ulpian in l. 20 de prec. (43. 26) ausdrücklich anerkannt:

> Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur, si per emtorem stetit, quominus persolveretur, venditorem posse consequi.

---

1) Von jener sprechen l. 20 de prec. (43. 26), l. 3 Cod. de pact. inter emt. (4. 54), von dieser l. 11 § 12 quod vi (43. 24), allgemein reden l. 13 § 21 de act. emt. (19. 1), l. 38 pr. Damni inf. (39. 2).

Vor Eintritt des Termins kann also der Verkäufer das interdictum de precario nicht mit Erfolg anstellen. Wie diese Ausschließung desselben rechtlich vermittelt ward, ob durch Conventionalpön oder durch Vertagung des Richterspruches bis zur ausgemachten Sache[1]), darüber wissen wir nichts.

Die angebliche beliebige Widerruflichkeit des Prekariums war demnach für diesen Fall nicht begründet; sie war mit dem Geschäftszweck schlechterdings unverträglich, dabei hätten Handel und Wandel gar nicht bestehen können. Ganz dasselbe aber, was für diesen Fall, muß in Rom auch für den obigen des pfandrechtlichen gegolten haben, unmöglich konnte der Eigenthümer, dem der Verpfänder den Besitz vertragsmäßig bis zum Verfalltage gelassen hatte, schlechter gestellt sein, als der Käufer, dem das Eigenthum zur Zeit noch vorenthalten werden sollte.

Aber wie kamen die Römer darauf, für diese vertragsmäßige Ueberlassung des Besitzes das Prekarium heranzuziehen? Warum nicht einfache vertragsmäßige Ueberlassung des Besitzes? Ich erblicke den Grund darin, daß den Römern der Gedanke einer abstracten Besitzübertragung, wie die Subjectivitäts-

1) Für das Prekarium im Pfandverhältniß wird ausdrücklich bemerkt, daß dasselbe mit der Zahlung erlosch, l. 11 ibid. . . . pecunia soluta precarium solvitur d. i. das Interdict findet nicht mehr Platz. Daß die Zahlung erst im Laufe des Processes eintrat, relevirte nichts, Gaj. IV 114, auch nicht nach der strengeren Ansicht der Prokulejaner, da das precarium dem jus gentium angehörte, l. 1 § 1 ibid. Ganz dasselbe muß bei der lex commissoria und der addictio in diem gegolten haben, wenn die Resolutivbedingung bis zu dem bestimmten Termine nicht eingetreten war, der Richter, der bis dahin mit dem Spruch gewartet hatte, sprach jetzt den Beklagten frei, wozu die Fassung des Interdikts auf quod habes ihn in Stand setzte, die strengen Grundsätze der intentio juris civilis fanden hier sicherlich keine Anwendung, es kam hier wie bei der rei vindicatio nicht auf Dasein des Besitzes im Moment der Erhebung der Klage, sondern in dem des Urtheils an.

theorie sich ihn gebildet hat, gänzlich fremd war. Besitz, Detention, Eigenthum schmiegen sich ihrer Auffassung zufolge an bestimmte concrete Rechtsgeschäfte, an gewisse causae an. Eine der causae possessionis war das Prekarium. Ob die spätern römischen Juristen mit ihrer durch die etymologische Erklärung desselben (quod preces adhibuit, l. 2 § 3 ibid.), implicirten Idee der Gefälligkeit nicht in den Begriff desselben ein Moment hineingetragen haben, welches der Anschauung der alten Jurisprudenz gänzlich fremd war, ist mir sehr zweifelhaft. Ich kann mir denken, daß letztere dabei nicht den Gegensatz des unsicheren Besitzes zum sicheren, sondern den des vorübergehenden (im Uebrigen aber gesicherten) zum dauernden d. i. zum Eigenthums- oder Usucapionsbesitz im Auge hatte. Nur so vermag ich es mir zu erklären, daß sie im Pfandverhältniß, wo doch der Anspruch des Verpfänders auf gesicherten Besitz ein unabweisbarer war, zum Prekarium griff. Wie es sich damit aber auch verhalten möge, jedenfalls steht dem Obigen nach außer Zweifel, daß das heutige Dogma von der beliebigen Widerruflichkeit des Prekariums ein unrichtiges ist, es ist zu beschränken auf das liberale, hat aber keine Geltung für das geschäftliche.

Die Stellung des Käufers, dem der Verkäufer die Sache mit Vorbehalt des Eigenthums tradirt hat, ist dieselbe, wie die des Pfandschuldners, dem der Pfandgläubiger den Besitz gelassen hat, das Prekarium ist gedacht als ein vorübergehender Zustand, dem nach Absicht der Parteien demnächst als Definitivum der Anfall oder Rückfall des Eigenthums (Befreiung vom Pfandnexus) folgen soll. Alles, was oben über die Rechtsstellung des Verpfänders gesagt ist, trifft auch für den Käufer zu. Nur der erste der vier Sätze (S. 399) findet keine Anwendung. Der zweite: Beschränkung der Haftung auf den Fall des dolo desinere possidere beruht hier auf derselben Erwägung

wie dort: der Käufer braucht nicht zur diligentia für die eigene Sache verpflichtet zu werden. Ebenso der dritte: Ausschluß des Ersatzanspruches wegen gemachter Verwendungen, der Käufer macht sie im eigenen Interesse. Behält er die Sache, so kommen sie ihm zu gute, kehrt sie zum Verkäufer zurück, so hat er es sich selber zuzuschreiben, daß er sie nutzlos aufgewandt hat, er hätte warten sollen, bis die Sache entschieden war, oder sich der Zustimmung des Verkäufers zu den Verwendungen versichern sollen. Der vierte: der Besitz, ist mit der dem Käufer zugedachten Eigenthumsstellung von selbst gegeben.

Zu den beiden im Bisherigen betrachteten quellenmäßigen Fällen der geschäftlichen Function des Prekariums kam meines Erachtens in Rom mindestens noch ein dritter hinzu, dessen die Quellen allerdings keine Erwähnung thun, der aber, wenn man sich das römische Leben vergegenwärtigt, als praktisch unabweisbar gar keinem Zweifel unterliegen kann. Es war die Verwendung des Prekariums zum Zwecke der Stellvertretung des abwesenden Besitzers.

Ein Römer zog ins Feld oder sah sich genöthigt, eine längere Reise anzutreten. Die Bewirthschaftung ward dadurch nicht unterbrochen, er ließ die Seinigen: Kinder und Sklaven auf dem Hofe zurück, alles ging seinen gewohnten Gang weiter. Aber in rechtlicher Beziehung trat eine Lücke ein: in der Zwischenzeit war kein Vertreter des Grundstücks da, und diesen Umstand konnten dritte Personen, die nur eine günstige Gelegenheit abgewartet hatten, sich zu Nutze machen. Der Nachbar nahm den längst intendirten Bau, ein Eigenthumsprätendent die längst beabsichtigte Dejection vor. Es lag hier ein Zustand praktischer Rechtlosigkeit vor, denn Niemand war da, um Rechtsschutz nachzusuchen. Die Verweisung des Eigenthümers auf Geltendmachung seines Rechts nach seiner Zurückkunft

war ein schlechter Trost. Inzwischen waren die Seinigen vom Hofe verjagt, ein Anderer zog die Früchte, und die operis novi nunciatio ließ sich nach seiner Rückkunft nicht mehr nachholen, sie mußte sofort eingelegt werden, sonst war sie versäumt[1]).

Wie hier helfen? Stellvertretung war dem alten Recht unbekannt, der Weg, den das spätere Recht öffnete: für alle während der Abwesenheit sich ergebenden Rechtshändel im voraus einen Stellvertreter zu ernennen, war damals noch verschlossen. Aber die alte Zeit wußte sich zu helfen. Die Person, die man sich zum Stellvertreter ausersehen hatte, ward mit dem erforderlichen Recht ausgestattet oder, wie ich es bezeichne, zum Rechtsträger bestellt[2]). Um sie für etwaige Streitigkeiten oder Akte, welche das Eigenthum zur Voraussetzung hatten, wie z. B. die O. N. N., zu legitimiren, ward dasselbe fiduciae causa auf sie übertragen[3]),

1) Es war dies einer der Mängel dieses Rechtsmittels, die den Prätor bestimmten, das interdictum quod vi aut clam aufzustellen. Er half demselben dadurch ab, daß er auch gegen die Vornahme des opus während der Abwesenheit des Betheiligten (clam) Schutz gewährte. Ein zweiter Mangel bestand darin, daß die O. N. N. als erster Schritt zur actio confessoria oder negatoria nur vom Eigenthümer vorgenommen werden konnte. Der Prätor dehnte sein Schutzmittel auf den Besitzer aus und zwar im weitesten Sinn des Wortes. Ein dritter darin, daß die O. N. N. nur gegen Bauten Hülfe gewährte. Der Prätor erstreckte sein Schutzmittel auf jedes opus in solo factum. Sein Interdict war nur die Vervollständigung der O. N. N., beiden lag derselbe Gedanke zu Grunde: Einspruch gegen ein opus mit der Wirkung, den Gegner zur Wiederherstellung des früheren Zustandes auf eigene Kosten (restituas, l. 20 pr. de O. N. N. 39. 2) zu verpflichten, die beiden genannten Rechtsmittel konnten als in rem actiones darauf nicht gerichtet werden.

2) Geist des R. R. IV S. 223, 253.

3) Dies ist der Sinn, in dem Gajus II 60 den Zweck der fiducia cum amico contracta darein setzt: quo tutius nostrae res apud eum sint. Nicht auf factische, sondern auf rechtliche Sicherheit war es dabei abgesehen, die Meinung, daß man den factischen Sicherheitszweck des Depositums in alter Zeit in Form der fiducia verfolgt habe, ist eine gänzlich thörichte.

um für die Verfolgung contractlicher Ansprüche, ward sie bei Abschluß des Contracts als Correalgläubiger (adstipulator) zugezogen, um ihr die Stellung eines heutigen Testaments-exekutors zu gewähren, ward sie zum Erben eingesetzt[1]).

In Bezug auf Grundstücke oder auf diejenigen beweglichen Sachen, für die man im voraus auf einen Eigenthumsstreit gefaßt sein konnte, z. B. Sklaven, für die eine vindicatio in libertatem drohte, verursachte der angegebene Weg keine Schwierigkeiten. Aber unmöglich konnte man sämmtliche beweglichen Sachen fiduciae causa mancipiren, der res nec mancipi, bei denen das Fiduciargeschäft überhaupt ausgeschlossen war, gar nicht zu gedenken. Hier half die lex Hostilia (pr. J. de iis, per quos 4. 10) aus, welche für den Fall der Entwendung, worunter als Fall des furtum nec manifestum auch die gewaltsame Entziehung der Sache fiel, den zur Wahrnehmung der Interessen des Abwesenden berufenen Personen die Anstellung der actio furti im Namen des Abwesenden verstattete.

Demselben Zweck, dem die Uebertragung des Eigenthums fiduciae causa für das Eigenthum, diente meiner Ansicht nach das Prekarium für den Besitz. Der Prekarist sollte dasselbe sein für den Besitz, wie der Fiduciar für das Eigenthum, d. i. fiduciarischer Stellvertreter, Rechtsträger. Dem quo tutius res nostrae essent von Gajus in Note 3 der vorigen Seite entspricht das: custodiam ei afuturus tradidit, der l. 38 pr. Damni inf. (39. 2). Auf den Genuß der Sache in der Person des Vertreters war es dabei selbstverständlich nicht abgesehen. Sklaven und Kinder bewirthschafteten das Gut ganz wie bisher, und der Ertrag floß dem Herrn zu, Besitz und Eigenthum waren hier also nichts als

1) Mein citirtes Werk IV. S. 247.

bloße Rechtsfiguren, ohne allen realen, ökonomischen Inhalt. So begreift es sich, daß das Prekarium unsern Quellen zufolge auf das bloße possidere ohne das uti gerichtet sein kann [1]), was, abgesehen von dem hier angenommenen Stellvertretungszweck, gänzlich sinnlos sein würde, da der Besitz als solcher gar keinen ökonomischen Werth hat (S. 26).

Dieser dritte Fall der geschäftlichen Function des Prekariums ist insofern besonders interessant, als er uns für einen Satz aus der Theorie desselben, der für die beiden früher betrachteten Fälle nicht paßte, das volle Verständniß eröffnet. Es ist die beliebige Widerruflichkeit. Wie das Mandat jeder Zeit widerruflich ist, so auch das procuratorische Prekarium, es ist die nothwendige Consequenz des Stellvertretungszwecks.

Daß die übrigen charakteristischen Züge des Prekariums mit Ausnahme der liberalitas, die hier so wenig zutrifft, wie in den beiden obigen Fällen, dem Verhältniß vollkommen entsprechen, wird nicht des Nachweises bedürfen.

Der Besitz des Prekaristen war durch den Stellvertretungszweck mit Nothwendigkeit geboten. Der Prekarist war ja gerade dafür bestellt, den Besitz des Abwesenden zu schützen, und er konnte dies nur, indem er selber zum Besitzer gemacht ward. Als solcher hatte er die possessorischen Interdicte gegen dritte Personen, aber als bloßer Stellvertreter selbstverständlich nicht gegen den Mandanten,

> l. 17 h. t.: Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogarit, uti potest.

Ebenso begreiflich ist die Beschränkung der Haftung auf dolus. Von einer culpa in Bezug auf das Grundstück,

---

1) arg. l. 2 § 3 ibid. possidere aut uti.

mit dessen Bewirthschaftung der Mandatar nichts zu schaffen hatte, konnte hier nicht die Rede sein, die einzige Pflichtverletzung, die er sich zu Schulden kommen lassen konnte, bestand in dem unterlassenen rechtlichen Einspringen für den Mandanten, und sie fiel als Akt des Vertrauensbruchs, der Collusion mit dem Dritten, unter den Gesichtspunkt des dolus. Beim adstipulator war die Haftung der Vertrauensperson durch das zweite Kapitel der lex Aquilia ebenfalls lediglich auf dolus gestellt.

Zu einem Anspruch auf Ersatz der Auslagen bot das Verhältniß nicht den mindesten Anlaß, der Rechtsträger kam gar nicht in die Lage, Auslagen zu machen, das war Sache der Kinder und Sklaven, denen die ökonomische Bewirthschaftung des Grundstücks zufiel, während dem Prekaristen als bloßem Besitzfiduciar lediglich die rechtliche Vertretung des Eigenthümers zugewiesen war.

Wir haben hier abermals Gelegenheit, uns von der Unhaltbarkeit des Gesichtspunktes der liberalitas zu überzeugen. Weit entfernt, daß in diesem Fall der Eigenthümer dem Prekaristen eine Gefälligkeit erwies, erwies dieser sie ihm. Der Prekarist hatte nicht den mindesten Vortheil von dem Verhältniß, möglicherweise nur Mühe und Unannehmlichkeiten, und wenn man die Phrase von Ulpian: quod preces adhibuit auf diesen Fall anwenden wollte, so würde sie nur für den Eigenthümer zutreffen, denn er hatte jenen gebeten, in seinem Interesse die Rolle des Prekaristen zu übernehmen.

Ob der Umstand, daß die Quellen von diesem dritten Anwendungsfall der geschäftlichen Function des Prekariums nicht das Mindeste melden, einen Gegengrund gegen meine Absicht abgibt, darüber will ich Niemandem seine Meinung verwehren. Aber wer diesen Grund gegen mich ins Treffen führen will, den bitte ich nur auf die eine Frage zu antworten: was würde er selber gethan haben, wenn er im alten Rom

zur Zeit, wo die processualische Stellvertretung noch unbekannt war, gelebt hätte? Vergebens würde er sich nach einem anderen Mittel seiner Sicherstellung während seiner Abwesenheit umgesehen haben. Das Prekarium war für diesen Zweck in einer Weise zugeschnitten, daß, wenn die Römer es in alter Zeit nicht bereits gekannt hätten, sie es speciell für diesen Zweck hätte erfinden müssen. Daß die Quellen desselben in dieser Anwendung nicht gedenken, erklärt sich zur Genüge daraus, daß es mit Zulassung der processualischen Stellvertretung entbehrlich geworden war.

Durch die bisherige Darstellung glaube ich die geschäftliche Function des Prekarium in drei Anwendungen: beim Pfand, beim Kaufvertrag und bei der Stellvertretung, außer Zweifel gesetzt zu haben, und der Leser mag sich nunmehr die Frage beantworten, was von der Behauptung des Paulus in l. 14 de prec. magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarium zu halten ist. Ich meinerseits halte davon dasselbe, wie von so manchen seiner Ansichten, denen wir im Laufe dieses Werkes begegnet sind (S. 275, 277, 279, 294 fl.) d. h. ich erkläre sie einfach für irrig. Wer sich in seinem Glauben an die Autorität des Paulus nicht irre machen lassen will, möge zusehen, wie er diese und die vielen andern verfehlten Abstractionen von ihm dem römischen Recht gegenüber aufrecht erhalten will. Ich meinerseits folge dem römischen Recht, nicht dem Paulus.

Die liberale Function des Prekarium.

Der Thatbestand, den sie voraussetzt, besteht darin, daß ein Römer vorübergehend einem Andern die unentgeltliche Nutzung eines Grundstückes oder Hauses überläßt, und daß er dafür anstatt der ihm zu Gebote stehenden Form des Com-

modats [1]), die den Empfänger für culpa levis verantwortlich macht, die des Prekariums wählt, die ihn bloß für dolus und culpa lata verpflichtet. Offenbar können nur besondere persönliche Verhältnisse diese mit dem Geschäft verbundene Herabsetzung der Haftung motivirt haben. Ich glaube dieselben entdeckt zu haben auf dem Boden der römischen Familie. Den hauptsächlichsten Anwendungsfall erblicke ich in der Zuwendung des Vaters an den emancipirten Sohn, welche zum Zweck hatte, ihm dieselbe vermögensrechtliche Stellung zu verschaffen, wie das Pekulium sie dem Haussohn gewährte.

Das Verhältniß der Hauskinder in den höheren Ständen in Rom war bekanntlich ein völlig anderes als heutzutage. Die väterliche Gewalt dauerte, wenn sie nicht durch Emancipation aufgehoben ward, bis zum Tode des Hausvaters fort, und so konnte es vorkommen, daß bejahrte Personen, die bereits die höchsten Staatsämter bekleidet hatten, sich noch in väterlicher Gewalt befanden. Damit wäre aber eine ökonomische Unselbständigkeit und häusliche Verpflegung nach Art unserer heutigen Hauskinder gänzlich unvereinbar gewesen, die Sitte erforderte es, daß der Vater dem Sohn die seinem Alter und seiner socialen Stellung entsprechende ökonomische Selbständigkeit verschaffte. Der vornehme Haussohn hatte sein eigenes Haus in Rom und sein Landgut mit glänzender Einrichtung und Dienerschaft und das nöthige Kapitalvermögen, um von den Zinsen den standesgemäßen Aufwand zu bestreiten. Es war ein Theil des väterlichen Vermögens, den der Vater ihm schon bei seinen Lebzeiten abgetreten hatte, allerdings nur in der Form des Pekulium, rechtlich also jeder Zeit widerruflich, thatsächlich aber so gut wie eigenes Vermögen [2]). Wie in Rom war es auch auf

1) L. 1 § 1 Commod. (13. 6) . . habitationem commodari posse.

2) S. mein citirtes Werk II S. 212 Anm.

dem Lande. Der reiche Grundbesitzer überwies eins oder selbst mehrere seiner Landgüter dem Sohn zur eigenen Bewirthschaftung [1]). Auch für die minder begüterten Klassen der Gesellschaft, insbesondere für Gewerbtreibende, werden wir uns das Verhältniß nicht anders zu denken haben. Der Sohn, der ein gewerbliches oder kaufmännisches Geschäft betreiben wollte, erhielt vom Vater die nöthigen Mittel dazu; einen Beleg dafür gewährt die actio tributoria.

Wie nun, wenn der Vater den Sohn emancipirte? Auch ohne ein positives Zeugniß dafür werden wir annehmen dürfen, daß das Verhältniß thatsächlich fortdauerte. Es bot sich dafür eine doppelte juristische Form dar: die der rechtlichen Zuwendung in Form der Schenkung, wir würden sagen: der successio anticipata, der definitiven Abtretung eines Stücks des künftigen Erbtheils, und die der bloß factischen, bei der das Eigenthum beim Vater verblieb, und der Sohn ganz so wie bisher lediglich den Genuß erhielt, d. i. das Prekarium.

Damit stellte er für den Sohn außer der Gewalt dem praktischen Erfolg nach dasselbe Verhältniß her, welches das Pekulium für den in der Gewalt befindlichen begründete. Zeigte derselbe sich des ihm bewiesenen Vertrauens würdig, wirthschaftete er, wie er sollte, benahm er sich gegen den Vater, wie es sich gehörte, so behielt er, was er hatte, bewährte er sich nicht, kam er auf Abwege, ließ er die schuldige Rücksicht, Ehrfurcht gegen den Vater außer Acht, kündigte er ihm den Gehorsam auf, so entzog dieser es ihm. Für den gut gearteten, wohl gerathenen, kurz für den richtigen Sohn hatte

1) Cicero, der pro Rosc. Amer. c. 15, 43 des Verhältnisses gedenkt (certis fundis patre vivo frui solitum esse), fügt die wichtige Notiz hinzu: quod consuetudine patres faciunt d. h. die Abtretung eines Theils des väterlichen Vermögens war allgemeine Sitte. Auch Festus thut in der oben (S. 393 Note 2) citirten Stelle des Verhältnisses Erwähnung.

diese Abhängigkeit nichts Drückendes, Beunruhigendes, nur für den schlechten war sie eine drückende Fessel. Aber eben darauf war es abgesehen. Das Recht des Widerrufs war der Zügel, mittelst dessen der Vater ihn ganz so wie den Haussohn in seiner Hand behielt, die Garantie seines Wohlverhaltens. Das Prekarium stellte also für den emancipirten Sohn ganz dasselbe Verhältniß her, wie das Pekulium für den Haussohn: thatsächliche ökonomische Selbständigkeit mit rechtlicher Abhängigkeit, man kann die beiden Ausdrücke vertauschen, das Pekulium als Prekarium des Haussohnes, das Prekarium als das Pekulium des emancipirten Sohnes bezeichnen.

Auch für diesen von mir behaupteten Anwendungsfall des Prekarium läßt sich nicht das geringste Quellenzeugniß beibringen, und damit ist meine Ansicht für denjenigen, dessen Denken mit den Quellenzeugnissen ein Ende nimmt, abgethan. Aber auch hier setze ich meinem Kritiker dieselbe Frage entgegen, wie oben in Bezug auf die prokuratorische Function des Prekarium: was würde er gethan haben, wenn er in Rom gelebt hätte? Ich denke, er würde es nicht anders gemacht haben, als wie ich es für die Römer angenommen habe.

Wie der Vater, so konnten auch andere Verwandte auf den Gedanken gerathen, ihren künftigen Intestaterben einen Theil ihres demnächstigen Erbtheils in derselben Weise abzutreten. Derartige widerrufliche Abtretungen bilden auch heutzutage nichts Seltenes, während widerrufliche Schenkungen an nicht verwandte Personen zu den größten Seltenheiten gehören dürften. Vom rein formalistischen Standpunkt aus betrachtet, steht allerdings der Widerruf bei der Schenkung auf derselben Linie mit dem beim Kauf, aber im wirklichen Leben hat es mit ihm dort eine gänzlich andere Bewandtniß. Der Vorbehalt des Widerrufs bei einer Schenkung unter Lebenden steht mit der Schenkungsabsicht so sehr im Widerspruch,

daß man sich genöthigt sieht, sich nach ganz besonderen Motiven umzusehen, um sie zu begreifen, und derartige Motive finde ich nur in dem von mir angenommenen Fall der Abtretung eines Theils der künftigen Erbschaft an den Intestaterben, wo das persönliche Verhältniß das Anstößige, das sonst mit einer derartigen Schenkung verbunden sein würde, ausschließt, und die Erwägung, daß der Schenker selber später in Dürftigkeit gerathen, oder der Beschenkte durch sein späteres Verhalten sich ihrer unwerth beweisen könne, einen derartigen Vorbehalt vollkommen angemessen erscheinen läßt. Dem älteren Recht war die widerrufliche Schenkung unbekannt, Geben und Wiederwegnehmen erschien ihm als eine contradictio in adjecto, die einzige Form, welche es zur Erreichung des obigen Zweckes einer anticipirten Erbfolge mit Vorbehalt des Widerrufs darbot, war das Prekarium. Das neuere Recht stellt zu diesem Zweck noch die donatio mortis causa zur Verfügung, aber das Prekarium behauptete auch neben ihr seine Brauchbarkeit, der Beschenkte konnte das Widerrufsrecht des Schenkers durch Veräußerung der Sache vereiteln, der Prekarist nicht.

Ein anderes Verhältniß, bei dem das liberale Prekarium in Rom wahrscheinlich häufig zur Anwendung gekommen ist, war das des Patrons zum Freigelassenen. Die Zuwendung einer freien Wohnung (habitatio) an den Freigelassenen sowohl im Testament wie unter Lebenden bildete in Rom einen beliebten Gegenstand der patronatischen Freigebigkeit. Ursprünglich war es ein rein factisches Verhältniß ohne allen Rechtsschutz. Seitdem die Fideikommisse klagbar wurden, war damit die Möglichkeit geboten, der letztwilligen Hinterlassung der freien Wohnung Rechtsschutz zu gewähren, die Zuwendung der freien Wohnung unter Lebenden blieb aber nach wie vor ein rein factisches, also beliebig widerrufliches Verhältniß d. i. ein Pre-

karium[1]). Für die Theorie des Prekarium knüpft sich an das Verhältniß lediglich dies eine Interesse, daß es uns einen Fall des in possessione esse des Prekaristen darbietet.

Ich müßte nunmehr den Nachweis erbringen, daß die hier angenommene Function des liberalen Prekariums im Verwandtschaftsverhältniß dem Typus entspricht, den die römischen Juristen von ihm entwerfen, ich glaube aber der Zustimmung des Lesers versichert zu sein, wenn ich nur die einzelnen Punkte, auf die es dabei ankommt, namhaft mache, im übrigen aber es ihm selber überlasse, meine Ansicht an ihnen zu erproben. Es sind folgende vier.

1. Beliebige Widerruflichkeit der Zuwendung.
2. Haftung lediglich für dolus und culpa lata.
3. Ausschließung der Ersatzansprüche.
4. Besitz.

Das gewonnene Ergebniß besteht demnach darin: das liberale Prekarium mit Zuwendung des Besitzes hatte praktisch seinen Sitz auf dem Boden der römischen Familie, es gehörte zwar nicht begrifflich, aber functionell zu den Instituten des römischen Familienlebens. Wie die dos die Tochter, das peculium den Sohn, der ususfructus die Wittwe und die sonstigen Verwandten (S. 139), so hatte das Prekarium den emancipirten Sohn und die Intestaterben zum Bestimmungssubject.

Die bisherige Darstellung glaubt sich rühmen zu können, vier Fälle des Prekarium nachgewiesen zu haben, in denen dasselbe seinem Motive wie seiner rechtlichen Gestaltung nach vollkommen verständlich ist: die drei seiner geschäftlichen

---

1) Dies ergibt sich aus der Art, wie Papinian in l. 27 de donat. (39. 5) in dem dort vorliegenden Fall die Unwiderruflichkeit rechtfertigt: non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse d. h. darin liegt kein Prekarium.

Function beim Pfandrecht, bei der Eigenthumsübertragung und bei der Stellvertretung, und den einen seiner liberalen Function im Familienverhältniß. Es mag noch mehr Fälle gegeben haben, ich meinerseits habe keinen weiteren gefunden und warte ab, daß Jemand denselben Nachweis, den ich für diese vier erbracht habe, auch für denjenigen Fall liefert, den die gangbare Vorstellung ausschließlich im Auge hat: die liberalitas schlechthin. Um ihn zu führen, muß er Rede und Antwort stehen auf die Frage: was den Römer bestimmt haben soll, bei der beabsichtigten vorübergehenden Gebrauchsüberlassung einer Sache an eine durch das Band der Liebe mit ihm nicht verbundene Person statt der hierfür allein zutreffenden Form des Commodats mit Detention die gänzlich unangemessene des Prekarium mit Besitz zu wählen.

Das Ergebniß meiner Untersuchung besteht in dem Nachweis, daß die Gewährung des Besitzes an den Prekaristen in allen vier Fällen ihre triftigen praktischen Gründe hatte; ohne Zuweisung der thatsächlichen Stellung des Eigenthümers hätte sich der Zweck, den man bei ihnen allen im Auge hatte, gar nicht erreichen lassen.

Das Prekarium konnte aber auch mit Detention verbunden werden, und damit tritt eine neue Frage an uns heran: warum Detention, warum nicht wie sonst Besitz? Offenbar muß es Fälle des Prekarium gegeben haben, bei denen der Besitz nicht am Platz war. Welche waren es?

Einen derselben haben wir schon oben kennen lernen, es war der der Ueberlassung der freien Wohnung Seitens des Patrons an den Freilassenen. Von Besitz konnte hier, wo der Prekarist nur ein Zimmer im Hause eines Andern erhielt, nicht die Rede sein, es erübrigte nur das in possessione esse. Ein anderer Fall, der bei uns ebenso gut vorkommen kann wie bei den Römern und gar nicht selten ist, ist folgender. Es

verstattet Jemand seinem Nachbarn, bei einem Bau das Baumaterial auf seinem Hofraum abzulagern, nach einem Brande sein Vieh in seinen Stall, seinen Wagen in seine Remise zu stellen. Daß hier kein Depositum vorliegt, braucht nicht gesagt zu werden, der Concedent übernimmt keine Verpflichtung in Bezug auf die Sachen, sondern ertheilt nur dem andern Theil die Erlaubniß, sie auf seinem Grundstück unterzubringen. Ebensowenig, daß hier kein Commodat vorliegt. Als Realcontract setzt das Commodat die Uebergabe der commodirten Sache voraus, der Hofplatz, die Scheune, die Wagenremise aber werden nicht übergeben, sondern bleiben im Besitz des Concedenten. So erübrigt mithin nichts als das Prekarium, aber ein Prekarium anderer Art, als wir es im Bisherigen haben kennen lernen. Dasselbe ist, um in römischer Sprache zu reden, nicht gerichtet auf possidere, sondern auf bloßes in possessione esse. Dazu bedarf es nicht erst der besonderen Verabredung, es versteht sich von selbst, die Detention ergibt sich daraus, daß der Concedent den Besitz des Grundstücks beibehält, eine compossessio plurium in solidum aber unmöglich ist.

Schon die äußere Erscheinung hebt diese Gestaltung des Prekarium von der obigen ab, wir können den Gegensatz kurz als Partial- und Totalprekarium bezeichnen. Bei letzterem bekommt der Prekarist die Sache ganz in Händen, hier nur ein Stück derselben. Es ist derselbe Gegensatz, den wir oben (S. 386) bei der Superficies haben kennen lernen, hier wie dort ist der Grund der Verschiedenheit der Gestaltung des Besitzverhältnisses ganz der nämliche.

Ob die Römer auch abgesehen von diesem Verhältniß, wo die Detention völlig unabweisbar war, und für das sich mit Rücksicht darauf der Name: Detentionsprekarium im Gegensatz zum Besitzprekarium empfehlen würde, der Detention

beim Prekarium noch eine weitere Ausdehnung gegeben, d. h. ob sie auch da, wo Besitz an sich möglich war, vertragsmäßig die Detention festgesetzt haben, kommt für den Zweck meiner Untersuchung, der lediglich darauf gerichtet war, das Besitzverhältniß beim Prekarium aus praktischen Motiven zu erklären, nicht in Betracht.

In unsern Lehrbüchern figurirt heutzutage das Besitzprekarium noch als praktisches Institut, meines Erachtens aber mit großem Unrecht, und ich freue mich, dieser Ansicht, die ich schon seit Jahren in meinen Vorlesungen vorzutragen pflege, neuerdings bei Bähr[1]) begegnet zu sein. Ich habe von einem Fall desselben nie im Leben gehört, noch auch in Büchern gelesen, dasselbe gehört meines Erachtens auf den rechtshistorischen Kirchhof, den ich für derartige, heutzutage gänzlich abgestorbene Institute in meinem Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (S. 279) angelegt habe. Man kann das Besitzprekarium aus unserm heutigen Recht völlig streichen, ohne daß dies für die Rechtsanwendung die mindeste Lücke hervorruft, durch das Commodat ist vollständig dafür gesorgt, daß eine solche nicht entstehen kann. Nur das Detentionsprekarium kommt auch heutzutage noch in den angegebenen und ähnlichen Fällen vor. Dasselbe ist aber praktisch für die Besitzeslehre ohne alle und jede Bedeutung, ich stimme ganz mit Bähr überein, daß der Besitzer, wenn der Prekarist nach Kündigung nicht weichen will, sich durch Selbsthülfe helfen kann. Zieht er es vor zu klagen, so steht ihm das interdictum uti possidetis zur Verfügung, das interdictum de precario ist mithin gänzlich überflüssig, die Namhaftmachung desselben ist nichts als ein Akt rechtshistorischer Coketterie.

---

1) In seinem Aufsatz über die Besitzeslehre in meinen Jahrbüchern 26, S. 293—297.

3. Der ehrliche Finder.

Die Frage nach seinem Besitzverhältniß ist für unser heutiges Recht ohne alles praktische Interesse, da sie sich nur für bewegliche Sachen erheben läßt, ein besonderer an die Voraussetzung des juristischen Besitzes geknüpfter Schutz bei ihnen aber unserem heutigen Recht fremd ist (S. 126). Für die Römer hatte die Frage wegen des interdictum utrubi (S. 127) allerdings ein Interesse, und auf diesen Standpunkt des reinen römischen Rechts stelle ich mich, indem ich dieselbe im Folgenden unter dem praktischen Gesichtspunkt erfasse.

Wenn ich den ehrlichen Finder von dem negotiorum gestor, von dem später (No. 4) die Rede sein wird, unterscheide, so wird dies wohl kaum der Rechtfertigung bedürfen. Allerdings hat derselbe die Absicht, die Sache dem Eigenthümer herauszugeben, insofern könne man also sagen, daß er als Geschäftsführer handle. Allein der Gesichtspunkt trifft nicht zu. Denn einmal ist der Geschäftsführer verpflichtet, das einmal begonnene Geschäft zu Ende zu führen [1]), dem Finder wird aber sicherlich Niemand die Befugniß absprechen, die Sache, die er einmal aufgehoben hat, später wieder wegzuwerfen [2]). Und sodann kann und

---

1) l. 6 § 2, l. 21 § 2, l. 31 § 2 de neg. gest. (3, 5).

2) Er kann dazu triftige Gründe haben z. B. die Sache beschmutzt seine Kleider, Hände, das Mitschleppen derselben wird ihm zu lästig, es begegnen ihm Leute, vor denen er sich mit ihr nicht sehen lassen mag. Nach römischem Recht, das ihn nur zur Herausgabe der Sache verpflichtet, sofern er sie hat oder doloser Weise entäußert hat (act. ad exhibendum l. 15 ad exh. 10. 4) darf er es, nach dem Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs dürfte er es nicht, da derselbe ihn in § 911, wenn er einmal die Sache in seine „Inhabung genommen" (§ 910), verpflichtet, „für die Erhaltung und Verwahrung der Sache zu sorgen", und der Möglichkeit, sich dieser Verpflichtung durch späteres Wegwerfen der Sache zu entziehen nicht gedenkt. Ich halte diese Bestimmung für sehr bedenklich, ebenso die des § 911 Abs. 2 und nicht minder die in § 914 ausgesprochene Haftung

darf sich beim Finder mit der Absicht, die Sache dem Eigenthümer herauszugeben auch die verbinden, im Fall, daß er sich nicht ermitteln läßt, sie für sich zu behalten, hinter der Absicht, für den Eigenthümer zu handeln, steht also die eventuelle, es für sich zu thun [1]). So wird es begreiflich, daß die Quellen nirgends der Anwendbarkeit der act. neg. gest. gegen den Finder gedenken. Die Klagen, deren sich der Eigenthümer im Fall der verweigerten Herausgabe der Sache zu bedienen hatte, waren die condictio furtiva, actio furti und actio ad exhibendum, durch sie war er vollkommen geschützt. Vom Standpunkt unseres heutigen Rechts kommen noch die Be-

---

für die „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" in Bezug auf die gemachten Verwendungen. Wenn der Entwurf Gesetz wird, so mag Jeder es sich wohl überlegen, ob er gut daran thut, eine verlorene Sache aufzuheben, ich meinerseits würde es in irgendwie bedenklichen Fällen nicht thun. Meine Zeit ist mir zu lieb dazu, um unter Umständen mich drei Mal zur Polizeibehörde zu verfügen, die Untersuchung darüber anzustellen, ob „der Verderb der Sache zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist" und im Fall der Bejahung der Frage die geeignete Person aufzusuchen, um die Sache öffentlich versteigern zu lassen (§ 912), oder bei eigener Aufbewahrung der Sache in Bezug auf die „zum Zweck der Erhaltung und Verwahrung der Sache sowie zum Zweck der Ermittlung des Verlierers und des Eigenthümers gemachten Aufwendungen" sorgsam zu prüfen, ob ich dieselben „bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters für erforderlich anzusehen hatte" (§ 914) und dieselbe Sorgfalt in Bezug auf die Legitimation desjenigen anzuwenden, der sich bei mir als Verlierer oder als Eigenthümer meldet (Motive III, S. 376). Versehe ich es in irgend einem der Punkte, auf die meine Prüfung gerichtet sein mußte, so geschieht es auf meine Kosten, und zu dem Verlust an Zeit kommt dann noch der an Geld hinzu. Wenn mir als Finder nicht die Befugniß eingeräumt wird, die Sache bei der Polizeibehörde abzuliefern und ihr alles Weitere zu überlassen, so hebe ich sie gar nicht auf, sie ist für mich ein juristisches noli me tangere. Um der Polizei Erleichterung zu gewähren (Motive III, S. 379 oben), hat man die Hauptlast auf die Schultern des Finders gewälzt.

1) Delbrück, in meinen Jahrbüchern III S. 48.

stimmungen über das Recht des Finders hinzu, um den obigen Gesichtspunkt gänzlich auszuschließen.

Wie ist nun das Besitzverhältniß des Finders zu bestimmen? Nach der Subjectivitätstheorie zweifellos als Detention, da er einen besser Berechtigten über sich anerkennt (S. 317) und die Absicht hat, ihm die Sache herauszugeben. Mit Recht hat aber Mandry (S. 259) sich für Besitz entschieden, und er hat das Unzuträgliche der entgegengesetzten Behandlungsweise in vollkommen zutreffender Weise dargethan. Bis zur Ermittelung des Eigenthümers würde es ihr zufolge an jedem Besitzesschutz fehlen, während doch das Interesse des Finders ebenso sehr wie das des Eigenthümers denselben gebieterisch erheischt; sollte der Finder auch nicht seinetwegen, so müßte er jedenfalls des Eigenthümers wegen geschützt werden. Aber der Weg der juristischen Deduction, den der genannte Schriftsteller einschlägt, um dies Resultat zu erzielen, ist meines Erachtens nicht der richtige. Er besteht in dem Nachweis, daß der Finder gar nicht die Absicht haben könne, für den Eigenthümer zu besitzen, denn er müsse sich sagen, daß er den Besitz desselben nicht fortsetzen könne, da derselbe verloren sei, und nicht neu erwerben, da dies ohne Vollmacht nicht möglich sei, folglich bleibe nichts übrig als die Absicht, für sich zu besitzen, selbstverständlich mit Vorbehalt, den Besitz nach Ermittelung des Eigenthümers auf ihn zu übertragen. Aber angenommen, daß der Besitzwille sich nach dem bestimme, was der Besitzer sich sagen muß, nicht nach dem, was er sich sagt, so ist es zunächst nicht richtig, daß der Finder sich sagen muß, daß der Eigenthümer den Besitz verloren hat. Bekanntlich dauert der Besitz an der verlorenen Sache so lange fort, als der Verlierende den Verlust noch nicht bemerkt und noch keinen Versuch gemacht hat, sie wiederzufinden, erst wenn dieser Versuch

vergeblich angestellt ist, geht der Besitz unter[1]). Kann der Finder es der Sache ansehen, ob der Besitz noch fortdauert oder untergegangen ist? Er findet im Walde ein Taschentuch und hebt es auf, um es einem Manne, der in einiget Entfernung vor ihm geht, und von dem er annimmt, daß er es verloren hat, zurückzustellen, er sucht ihn einzuholen, erreicht ihn aber nicht mehr. Hier war der Besitz noch gar nicht untergegangen. Die Absicht des Finders — ich nehme einen Juristen an, der die Besitztheorie kennt und ihr entsprechend seinen animus einrichtet — konnte also hier nicht bloß, sondern mußte darauf gerichtet sein, den Besitz fortzusetzen. Aber angenommen, die gefundene Sache verrieth schon durch ihr äußeres Aussehen, daß sie seit geraumer Zeit dort gelegen, daß also der Besitz untergegangen war, folgt dann daraus, daß der Finder ohne Vollmacht den Besitz für den Eigenthümer nicht erwerben kann, daß er selber ihn erhalten muß, selbst wenn seine Absicht, was ihm ja nach der Subjectivitätstheorie vollkommen frei steht, nur auf Detention gerichtet war. Mandry will dies dadurch begründen, daß sonst ein Zustand der Besitzlosigkeit eintreten würde, was mit l. 1 § 20 h. t. unverträglich sei. Welche Bewandtniß es aber mit der Deduction von Paulus in dieser Stelle hat, haben wir bereits früher (S. 296) gezeigt, die Annahme einer Detention in der Person des Einen ohne Besitz in der eines Andern hat nach der Theorie der römischen Juristen nicht das Mindeste gegen sich.

Mandry war zu dieser Deduction genöthigt, weil er, wenn auch nicht an dem Erforderniß des animus domini, so doch an dem des Besitzwillens festhielt, er mußte, um in der Person des Finders den Besitz annehmen zu können, den animus

---

1) l. 3 § 13 h. t. . . vas ita exciderit, ut non inveniatur. l. 25 pr. ibid. ut ignoremus, ubi sit.

possidendi deduciren, der aber seiner Ansicht nach mit der Absicht, den Besitz demnächst auf den Berechtigten zu übertragen, nicht unverträglich ist.

Nach meiner Theorie kommt wie überall so auch hier auf den Besitzwillen im Sinne der herrschenden Lehre nichts an. Der Finder nimmt die Sache zu sich, damit erhält er den Besitz, insofern nicht eine positive Bestimmung ihm denselben abspricht (S. 18, 55, 362). Nach einer derartigen Bestimmung sehen wir uns aber in den Quellen vergebens um. Man wird uns einwenden, die Consequenz des römischen Rechts bringe dies mit Nothwendigkeit mit sich, denn der Finder beabsichtige. die Sache dem Eigenthümer herauszugeben, folglich könne er nicht den Willen haben, den Besitz für sich zu erwerben. Allein auch der Ersatzmann hat die Absicht, die Sache dem Mandanten herauszugeben, gleichwohl aber bekommt er den Besitz (S. 379); beides: die Absicht für einen Andern zu handeln und der Besitz in eigener Person verträgt sich vollkommen mit einander. Der Finder erwirbt den Besitz als Ersatzmann — damit sind alle Schwierigkeiten gehoben. Für die altrömische Jurisprudenz, die den direkten Besitzerwerb durch Stellvertreter noch nicht kannte, war dies die einzig mögliche Gestaltung des Verhältnisses. Die neuere hätte darauf allerdings den Gesichtspunkt der direkten Stellvertretung zur Anwendung bringen können, aber sie hat es nicht gethan und es wäre auch aus den oben hervorgehobenen praktischen Gründen sehr verkehrt gewesen.

Damit stimmt *sachlich* auch der Entwurf unseres allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches überein. Derselbe spricht zwar dem Finder nur *Inhabung* zu (§ 910), es ist dies aber nur ein anderer Name für Besitz im bisher üblichen Sinne des Wortes, denn der Inhaber des Entwurfs hat alle Rechte des Besitzers; warum ihm der Name des letzteren vor-

enthalten worden ist, werden wir an späterer Stelle (XIX) erfahren.

Unser Resultat ist: der Finder erhält den Besitz.

4. Der Geschäftsführer.

Aus dem eben angegebenen Grunde konnte der Geschäftsführer nach früherem Rechte nur Besitz erhalten, und meiner Ansicht nach hätte die neuere Jurisprudenz wohlgethan, es dabei zu lassen. Die inzwischen für die sonstigen Verhältnisse der Stellvertretung (Mandat, Vormundschaft) aufgekommene Möglichkeit des unmittelbaren Besitzerwerbs für den Vertretenen hat sie aber veranlaßt, von ihr auch bei dem Verhältniß des Geschäftsführers Gebrauch zu machen. Selbstverständlich nicht in der Weise, daß der Vertretene ohne seinen Willen Besitz erhält, aber so, daß es nur von seiner Ratihabition abhängt, sich denselben zu verschaffen [1]).

Wie haben wir uns das Besitzverhältniß bis dahin zu denken? Detinirt oder besitzt der Geschäftsführer? Ich meinerseits habe mich oben (S. 352) für letzteres ausgesprochen. Der Grund, der mich in erster Linie dazu bestimmt, ist ein praktischer. Spricht man dem Geschäftsführer bloß Detention zu, so entsteht für die Zwischenzeit bis zur Entscheidung von Seiten des Geschäftsherrn — und sie kann sich, wenn er nicht so bald zu ermitteln, oder wenn er abwesend ist, sehr lange hinausziehen — ein Zustand der gänzlichen Schutzlosigkeit des Besitzes. Bei dem Besitzerwerb durch einen beauftragten Stellvertreter ist derselbe, da hier der Mandant bekannt ist, nicht vorhanden. Man wird das constructive Bedenken entgegensetzen, daß ein einmal vorhandener Besitz sich nicht durch bloße Willens-

---

1) Ulpian in l. 42 § 1 h. t.: Procurator, si quidem mandante rem domino emerit, protinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem. Paulus S.R. V. 2, 2.

erklärung von der andern Seite in Detention verwandeln lasse. Ich meinerseits erkenne dasselbe nicht an. Das Detentionsverhältniß hat nach der von mir erwiesenen Theorie der römischen Juristen eine causa detentionis zur Voraussetzung. Bevor dieselbe nicht da ist, kann sie auch nicht wirken, von Detention kann hier nicht die Rede sein, tritt sie aber ein, so steht ihrem Einfluß auf das Besitzverhältniß hier so wenig wie sonst das Mindeste entgegen (S. 344, 350), der Besitz verwandelt sich der Rechtsregel zufolge in Detention.

Die römischen Juristen äußern sich über das Besitzverhältniß des Geschäftsführers nicht, sie beschränken sich auf den Satz, daß der Geschäftsherr durch Ratihabition sich Besitz und Eigenthum verschaffen könne. Diesen Satz halte ich für einen höchst bedenklichen. Die Deckung, welche der beauftragte Ersatzmann für die von ihm gemachten Auslagen oder übernommenen Verpflichtungen an der Sache hat (S. 380), wird dem Geschäftsführer durch die der Ratihabition zuerkannte Wirkung (l. 42 § 1 cit.) entzogen, der Vertretene darf ihm als bloßem Detentor mit Gewalt die Sache entziehen, er selber mag zusehen, wie er zu dem Seinigen kommt. Wie viel richtiger wäre es gewesen, wenn die neuere Jurisprudenz es beim Alten gelassen hätte. Wer des Glaubens lebt, daß sie überall das Richtige getroffen habe, möge zusehen, wie er seinen Glauben in diesem Falle aufrecht erhalten kann. In Bezug auf die ältere römische Jurisprudenz theile auch ich diesen Glauben, — jedes Stück von ihr, das ich der genaueren Betrachtung unterziehe, erfüllt mich mit stets erneuerter Bewunderung, aber in Bezug auf die neuere bin ich schon seit geraumer Zeit andern Sinns geworden.

XVIII.

Die Nachgeschichte des Detentionsbegriffs.

Eigenthum, Besitz, Detention und jus in re — das sind die Grundformen des römischen Sachenrechts, die sich bis in die älteste Zeit zurück verfolgen lassen und sich bis in die späteste hinein behauptet haben. Der hervorstechende Charakterzug derselben ist, daß sie gleichmäßig auf bewegliche wie unbewegliche Sachen Anwendung finden, der Gegensatz des Immobiliar- und Mobiliarsachenrechts, der das eigenthümliche Gepräge der germanischen Rechte ausmacht, ist dem römischen Recht unbekannt.

Die Gestalt, welche die genannten vier Grundformen bei ihrem Eintritt in die Geschichte und bei dem Abschluß derselben im justinianischen Recht an sich tragen, ist nicht dieselbe, es hat sich an ihnen eine reiche Entwicklung vollzogen. Bei drei derselben: dem Eigenthum, dem Besitz, dem jus in re, besteht sie darin, daß der ihnen zu Grunde liegende Gedanke extensiv oder intensiv erweitert, bei einer derselben: der Detention darin, daß derselbe gleichmäßig extensiv wie intensiv eingeschränkt wird.

Der Grundgedanke des römischen Eigenthums ist der absolute Schutz gegen dritte Personen: die reivindicatio. In der Urzeit war dieselbe auf den römischen Bauernhof nebst dem zum Betriebe desselben erforderlichen Sklaven und Hausvieh, d. i. auf die res mancipi beschränkt (S. 328 Note), schon früh

aber ward sie auf die res nec mancipi übertragen, und das neuere Recht ist selbst vor der Ablösung der rei vindicatio vom Eigenthum nicht zurückgeschreckt (reivindicatio utilis).

Der Grundgedanke des Besitzes ist der erleichterte Eigenthumsschutz. Unter gewissen Voraussetzungen erreicht der Eigenthümer mittelst des Nachweises der bloßen Thatsächlichkeit des Eigenthums ganz dasselbe, wie durch Nachweis des rechtlichen Daseins desselben [1]). Demselben Zweck des erleichterten Eigen=

---

1) Ueber den Einwand, daß auch der Nichteigenthümer desselben Schutzes theilhaftig wird, s. meinen Grund des Besitzesschutzes S. 54 fl., es ist die unerläßliche Bedingung, um ihn dem Eigenthümer zuzuwenden, und die Fälle, wo ausnahmsweise Besitz und Eigenthum aus einander fallen, kommen gegenüber der unendlichen Mehrzahl der Fälle, wo sie zusammentreffen, gar nicht in Betracht. Ueber die legislative Bedeutung dieses statistischen Moments s. oben S. 160 fl. Der Einwand, daß selbst der liquide Beweis des Nichteigenthums des Besitzers der possessorischen Klage gegenüber ausgeschlossen ist (s. z. B. Dernburg, Pandekten I, § 170) erledigt sich in historischer Beziehung, d. i. vom Standpunkt des altrömischen Processes aus, durch den Grundsatz der einen Frage, welcher für jedes processualische Verfahren maßgebend war (s. u. S. 435). So wenig der Beklagte bei dem Streit ums Eigenthum auf die Obligation, so wenig konnte er beim Streit um den Besitz auf das Eigenthum zurückgreifen. In legislativer Beziehung dadurch, daß die Voraussetzung der Liquidität des klägerischen Nichteigenthums sich zwar leicht in Gedanken setzen läßt, aber wie so viele Denkfiguren der praktischen Realität entbehrt — das Eigenthum oder Nichteigenthum der einen oder anderen Partei ist, wo es keine Grundbücher gibt, niemals liquide. Der Einwand, daß sich der Besitzesschutz gegen den Eigenthümer kehren könne, ist richtig, aber der Schluß, den man daraus gezogen, daß derselbe folglich nicht für ihn eingeführt sein könne, ist ebenso verfehlt, als wenn man aus der Thatsache, daß ein Eigenthümer, der seinen Hausthürschlüssel nicht bei sich hat, die Thüre nicht öffnen kann, folgern wollte, daß er den Schlüssel nicht für sich habe machen lassen. Der Eigenthümer, der das Besitzthor verschlossen findet, kommt durch das Eigenthumsthor hinein. Der Dieb aber, der durch ersteres hinein gekommen, wird durch letzteres wieder an die Luft gesetzt. Der Widerspruch, dem meine Theorie über den Grund des Besitzschutzes begegnet ist, hat seinen letzten Grund in der Annahme,

thumsschutzes dient die bonae fidei possessio (actio Publiciana). An Stelle des Beweises, daß Eigenthum entstanden ist, setzt sie den eines äußeren Vorgangs, durch den Eigenthum hätte entstehen können.

Der Grundgedanke des jus in re ist der absolute Schutz desjenigen, dem der Eigenthümer die Sache für gewisse Zwecke dienstbar gemacht hat. Die ursprüngliche Form, in der das jus in re der Urzeit allein bekannt war, und auf die auch der für letzteres schlechthin passende Ausdruck servire später beschränkt blieb, war die Prädialservitut und zwar lediglich die Rusticalservitut, die für den Bauern allein ein Interesse hatte. Die Entwicklung des städtischen Lebens fügte dann die Urbanalservitut, der Fortschritt der Landwirthschaft noch eine Menge früher unbekannter Rusticalservituten hinzu, und zur Prädialservitut gesellte sich die Personalservitut, zu den Servituten als neuere Formen des jus in re: die Superficies, Emphyteusis, das Pfandrecht.

Der Grundgedanke der Detention war in der Urzeit Rechtlosigkeit des Detentors gegen den Besitzherrn. Vorgezeichnet im römischen Hause durch die rechtliche Unselbständig-

---

als ob das Recht den Besitz schütze um des Willens wegen. Es ist dieselbe irrige Verwendung der Willensidee im Recht, die noch so manche andere Lehren in verhängnißvollster Weise beeinflußt hat. In Wirklichkeit aber bildet der Wille nicht das Princip, sondern nur eine Voraussetzung des Besitzes. Dernburg a. a. O. hat sich mit Recht von diesem falschen Willenssubjectivismus losgesagt, er gibt dem Besitz eine objective Basis, indem er ihn als die thatsächliche Gesellschaftsordnung charakterisirt. Darauf kommt auch meine Besitztheorie hinaus, dieselbe fügt nur noch den rechtfertigenden Grund hinzu, warum das Recht diese thatsächliche Ordnung oder „die gegebene Vertheilung der Sachgüter" schützt, es geschieht, weil sie regelmäßig mit der rechtlichen zusammentrifft. Das ist es, was ich im Auge habe, wenn ich sage: der Besitzesschutz ist um des Eigenthums willen eingeführt.

keit der Kinder und Sklaven dem Hausherrn gegenüber, diente die Detention den Römern dazu, dem Verhältniß des Eigenthümers zum Pächter und Miether diejenige Gestalt zu geben, welche den kleinen Mann in die Hand des Reichen brachte. Die Verwendung des Detentionsbegriffs für bewegliche Sachen war mit Ausnahme der für den Zweck des Besitzerwerbs durch Stellvertreter ohne erhebliche praktische Bedeutung (S. 126), jedenfalls trat sie gegenüber dem Pacht- und Miethsverhältniß gänzlich in den Hintergrund.

Dieser Ausdehnung des Detentionsbegriffs, welche, von der genannten Ausnahme abgesehen, schon in relativ früher Zeit ihren Abschluß gefunden haben wird, folgt dann später eine rückläufige Bewegung. Sie beginnt schon auf römischem Grund und Boden und setzt sich im Mittelalter und in der neueren Zeit fort.

Das ist es, was ich unter der Nachgeschichte der römischen Detention verstehe. Das Interesse, das sie beansprucht, besteht nicht in der bloßen Thatsächlichkeit der Veränderungen, die sich hier vollzogen haben, sondern in dem Schluß, zu dem dieselben uns berechtigen. Wir entnehmen daraus, daß der Gedanke der Rechtlosigkeit des Detentors, den die Urzeit bei der Detention allein im Auge hatte, in der Folgezeit ein Gegenstand des Anstoßes ward; er vertrug sich nicht mehr mit ihrem Rechtsgefühl und ihren wirthschaftlichen Interessen. Die Nachgeschichte des Detentionsbegriffs führt uns die Geschichte vor Augen, welche über ihn zu Gericht sitzt. Die Realkritik, welche die Geschichte am Detentionsbegriff geübt hat, wollen wir im Folgenden kennen lernen.

I. Die Nachgeschichte des Detentionsbegriffs in Rom.

Sie bewegt sich nach einer doppelten Richtung. Die eine: die extensive Beschränkung des Detentionsbegriffs, d. i. die Verringerung seines Geltungsgebietes. Die andere: die intensive, d. i. Abschwächung des Gedankens der Rechtlosigkeit des Detentors.

Die Verringerung seines Geltungsgebietes.

Sie besteht darin, daß gewisse Detentionsfälle ausscheiden, um in Form des Sach- oder Rechtsbesitzes den Schutz des Rechts zu finden. Die Thatsache ist uns schon von früher her bekannt. Den Sachbesitz erhält der Pächter eines ager vectigalis und der Emphyteuta, Sach- oder Rechtsbesitz je nach Umständen der Superficiar, Rechtsbesitz der Usufructuar und Usuar. Ohne Heranziehung des Gesichtspunktes des Rechtsbesitzes seitens der römischen Juristen erscheint der Rechtsschutz noch in zwei andern Fällen: bei dem Pächter eines locus publicus, der durch das interdictum de loco publico, und bei dem immissus in possessionem, der durch das interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est geschützt wird. Beide Interdicte gewährten vollen Rechtsschutz, sie vereinigten in sich die drei Functionen der possessorischen Interdicte: adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis.

Bei allen diesen Verhältnissen mit Ausnahme der persönlichen Servituten knüpft die Erhebung der Detention zum Besitz (Sach- oder Rechtsbesitz) historisch an das Moment der Begründung des Verhältnisses von Seiten der öffentlichen Gewalt an. Die Superficies ist entstanden an öffentlichem Grund und Boden (S. 388) es war ein Rechtsgeschäft mit der Gemeinde.

Dasselbe war der Fall beim ager vectigalis und beim locus publicus. Die immissio ward verfügt durch den Prätor ebenfalls durch die öffentliche Gewalt. Ueberall stand hier hinter der Privatperson die öffentliche Autorität, die mißachtet ward, wenn das von ihr begründete Besitzverhältniß angetastet wurde. Bei der öffentlichen Pacht und Miethe gesellte sich noch das von mir seiner Zeit (S. 374, 375) hervorgehobene administrative und wirthschaftliche Interesse hinzu. Bei den persönlichen Servituten ergab sich der possessorische Schutz als nothwendige Consequenz des petitorischen (S. 200 oben).

Ob nun die römischen Juristen in den meisten der genannten Fälle, um dem Eigenthümer den Besitzschutz zu wahren, in der Person des thatsächlichen Inhabers der Sache bloß Detention angenommen haben, ist für die Frage, die mich hier allein kümmert: Rechtsschutz oder Rechtlosigkeit des Detentors, völlig gleichgültig, praktisch ist der Detentionsbegriff aufgegeben, der Detentor wird geschützt und zwar ebensowohl gegen den Besitzherrn wie gegen dritte Personen, in diesem Sinn scheiden mithin alle diese Fälle vom Bereich der Detention aus.

Die innere Abschwächung des Detentionsbegriffs.

Mittelst Aufstellung des Begriffs der juris possessio für die persönlichen Servituten wäre den Römern der Weg geebnet gewesen, den Detentionsbegriff im alten Sinn, d. i. den Grundsatz der Rechtlosigkeit des Detentors, gänzlich über Bord zu werfen und dem Detentor unter dem Namen der juris possessio den Rechtsschutz zuzuwenden. So weit sind sie nicht gegangen. Aber ein erheblicher Fortschritt hat doch immerhin stattgefunden.

Schon an anderer Stelle [1]) habe ich gegenüber der häufig ausgesprochenen Behauptung, daß Pächter und Miether nur durch Vermittelung des Eigenthümers des Rechtsschutzes theilhaftig werden können, die Rechtsmittel namhaft gemacht, welche ihnen das römische Recht unmittelbar zur Verfügung stellt. Es sind die actio injuriarum und das interdictum quod vi aut clam. Das letztere, obschon von den Römern nicht zu den possessorischen Interdicten gezählt, da es nicht an die Voraussetzung des B e s i t z e s, sondern lediglich eines I n t e r e s s e s geknüpft war (l. 11 § 14 quod vi 43. 24), übt in Wirklichkeit die Function eines possessorischen Rechtsmittels aus, es gewährt Schutz gegen alle Eingriffe in den Besitzstand, die unter den Gesichtspunkt eines opus in solo factum fallen, und steht auch dem Pächter zu (l. 12 ibid.). Selbstverständlich hatten die genannten Personen auch das Recht, ihr Besitzverhältniß mittelst Gewalt zu behaupten, nur nicht dem Eigenthümer gegenüber. Der Umstand, daß er contractlich verpflichtet war, ihnen die Sache zu lassen, that seiner Machtstellung als Besitzer keinen Eintrag, als solcher konnte er sie beliebig vertreiben, widersetzten sie sich, so hatte er das interdictum uti possidetis oder unde vi, ohne daß sie mit ihrer Berufung auf ihren contractlichen Anspruch gehört wurden. Es entsprach dies der zersetzenden Methode des alten Processes, der zufolge der Beklagte mit Einwendungen, welche keine direkte Verneinung des klägerischen Anspruchs enthielten, gar nicht gehört wurde [2]), er ward mit seinen Gegenansprüchen in den Weg der Klage verwiesen.

---

1) In meiner Abhandlung über den Rechtsschutz gegen frivole Rechtsverletzungen in meinen Jahrbüchern Bd. 23 S. 234, 261 fl. (abgedruckt in meinen Gesammelten Aufsätzen Bd. 3 S. 308, 335 fl.).

2) Von mir nachgewiesen in meinem Geist des R. R. Bd. 4 § 50—52. So ward auch der Beklagte im Besitzproceß nicht mit der Einrede des eigenen Eigenthums gehört, ebensowenig im Vindikationsproceß mit der Berufung auf seinen contractlichen Anspruch aus dem Kauf (die exceptio rei venditae et

Der neuere Proceß hat sich von dieser Methode losgesagt, er verstattet die Vorbringung selbständiger Ansprüche des Beklagten, z. B. bei der reivindicatio die in der Note genannte Einrede und den Anspruch auf Ersatz der Impensen, bei der persönlichen Klage die Compensationseinrede. So wird dann dem Beklagten jetzt auch bei der Besitzesklage die Berufung auf das obligatorische Recht verstattet (s. u.). Eigenthum, Forderung, Besitz machen Halt vor seinem Recht. Von diesen Neuerungen ist die in Bezug auf den Besitz die bedeutendste. Das Verhältniß des Besitzes zur Detention ist damit von Grund aus verändert worden. Die Detention ist nicht mehr das gänzlich rechtlose Verhältniß wie in alter Zeit, sie findet den Schutz des Rechts, wenn die Voraussetzungen, an welche derselbe geknüpft ist, vorhanden sind. In allen diesen Fällen stellt sich der Fortschritt äußerlich als processualischer dar, und man könnte daraufhin meinen, als ob er durch eine freiere Auffassung des Proceßmechanismus bewirkt worden wäre. Bei näherem Nachdenken wird man diese Meinung nicht aufrecht erhalten. Die Aenderung, die sich im Proceß vollzieht, ist nur das Spiegelbild und das Werk derjenigen, die mit dem nationalen Rechtsgefühl vorgegangen ist. Man fand es unbillig, daß der Eigenthümer wie in alter Zeit die verkaufte und tradirte, aber nicht mancipirte Sache vom Käufer vindiciren, der Gläubiger vom Schuldner, dem er selber schuldete, den ganzen Schuldbetrag fordern, der Verpächter den Pächter grundlos entsetzen könne, und dementsprechend ward dem Beklagten eine Einrede gewährt. Hier wie überall ist die Einrede nur die Form, in der das neuere Rechtsgefühl dem alten starren Recht gegenüber zur

traditae des prätorischen Rechts), und bei der persönlichen Klage nicht mit der auf Gegenansprüche (Compensationseinrede) — utraque actio it sua via, wie Seneca de benef. VI, 6 von den Gegenansprüchen sagt.

Geltung gelangt: ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit (l. 1 § 1 de exc. doli 44. 4), die processualischen Formen sind nichts als Vermittlerinnen der realen durch das Gesetz erstrebten Zwecke oder der durch das Rechtsgefühl erhobenen Anforderungen. Als das geläuterte Rechtsgefühl der neueren Zeit an der Rechtlosigkeit des Pächters und Miethers Anstoß nahm, da war auch für den Besitz ebenso wie für das Eigenthum und die Obligation die Form gefunden, um diesem Umschwung des Rechtsgefühls gerecht zu werden.

Der erste Jurist, der von dieser Thatsache Zeugniß ablegt, und der ihr die entsprechende Berücksichtigung zu Theil werden läßt, ist Marcellus in der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts. In l. 12 de vi (43. 16) behandelt er den Fall, daß der Verpächter das Grundstück verkauft und den Käufer angewiesen hat, sich in Besitz zu setzen, der Pächter aber demselben Widerstand entgegensetzt. Liegt darin eine Besitzentziehung? Marcellus geht von dem Gesichtspunkt aus: nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emtorem, cui jusserit dominus tradi possessionem, non admisisset, fügt aber die Beschränkung hinzu: nisi propter justam et probabilem causam id fecisset. Ganz ebenso lautet seine Entscheidung in l. 20 h. t., wenn der Commodatar sich weigert, die commodirte Sache dem Käufer herauszugeben. Alias, sagt er, videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim, si alia quaepiam fuit justa et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret? Für die Entscheidung ist es also völlig gleichgültig, ob der Eigenthümer selber kommt oder in seinem Namen ein Anderer, ebenso,

ob der Dententor die Sache auf Grund eines entgeltlichen Contracts, der Pacht, die Sache in Händen hat, oder auf Grund eines unentgeltlichen, des Commodats, es kommt lediglich auf den Grund seiner Weigerung an; ist sie eine gerechtfertigte, so ist er in seinem vollen Recht, wenn er thatsächlichen Widerstand entgegensetzt, es liegt also in derselben keine Besitzentziehung.

Marcellus trägt diese Ansicht nicht als eine neue, ihm eigenthümliche vor, er bedient sich dabei nicht der sonst üblichen Wendungen: posse defendi, dici, probabilius esse u. s. w., wir dürfen demnach annehmen, daß der Umschwung in der Auffassung des Verhältnisses des Dententors zum Besitzherrn, von dem sie Zeugniß ablegt, zu seiner Zeit bereits erfolgt, nicht mehr Gegenstand des Zweifels war.

Scheinbar in Widerspruch mit dieser Entscheidung des Marcellus steht die von Papinian in l. 18 de vi (43. 16). Der Pächter hat den Käufer nicht zugelassen. Darin findet dieser Jurist schlechthin eine gewaltsame Besitzentsetzung des Verpächters, ohne der Möglichkeit einer gerechtfertigten Weigerung des Pächters Raum zu lassen:

> Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit.

Diese Entscheidung ist im höchsten Grade befremdend, gleichmäßig vom Standpunkt der Entwicklung der römischen Jurisprudenz, als von dem der justinianischen Compilation aus. Es ist schwer zu glauben, daß die spätere Jurisprudenz einen Fortschritt, der zur Zeit des Marcellus bereits feststand, wiederum sollte rückgängig gemacht haben, und wäre es geschehen, wie konnten die Compilatoren dazu kommen, einen Satz, den sie in l. 12 vorgetragen hatten, wenige Zeilen später in l. 18 zurückzunehmen?

Vielleicht liegt die Erklärung in dem Moment der vacua possessio, das Papinian am Anfang der Stelle ausdrücklich hervorhebt:

> . . . jussit emtorem in vacuam possessionem ire,

während Marcellus in beiden Stellen desselben nicht gedenkt:

> l. 12 cit. cum is in possessionem missus esset,
> l. 20 cit. rem emtori tradi jusserit.

Papinian dachte sich den Fall, daß das Pachtverhält-hältniß bereits beendet war und der Pächter das Grundstück geräumt hatte [1]), gleichwohl aber dem Käufer hinterher Widerstand entgegenstellte. Marcellus dachte an den Fall, daß die Pachtzeit noch nicht abgelaufen war, und dem Pächter das Grundstück vor der Zeit entzogen werden sollte.

Die Stelle von Papinian erregt noch in anderer Hinsicht Befremden. Nachdem der Pächter den Käufer zurückgewiesen hat, beauftragt der Verpächter den Käufer, den Pächter mit Gewalt zu entsetzen, und dieses Mandat wird von ihm für ein unzulässiges erklärt; stellt der Pächter gegen ihn das interdictum unde vi an, so wird der Käufer mit der Berufung darauf nicht gehört dixi (emtori) non esse juvandum, qui mandatum illicitum perceperit.

Seltsam! Liegt in der Weigerung des Pächters, den Käufer zuzulassen, eine vis gegen den Eigenthümer, wie Papinian selber anerkennt, und wird dieser dadurch berechtigt,

1) Vat. fragm. § 249 (5) . . vel abscessu sui, si domus vel fundus aut quid ejusdem generis est, sedem novo domino patefecerit. Eine vacua possessio liegt nicht vor, wenn ein Anderer auf der Sache anwesend ist, wenn auch nur als Detentor l. 2 § 1 de act. emti (19. 1) vacua possessio tradi non intelligitur, si alius in ea legatorum fideicommissorum causa in possessionem est aut creditores bona possideant.

seinen Besitz mit Gewalt zu behaupten, so ist die Vertreibung des Pächters durch ihn selber eine res licita, es müßte mithin auch die von ihm dem Käufer ertheilte Ermächtigung dazu ein mandatum licitum sein; ist aber letzteres ein illicitum, so müßte die Vertreibung auch in der Person des Eigenthümers eine res illicita sein. Ich will offen gestehen, daß mir die Entscheidung von Papinian unverständlich ist, jedenfalls aber gehört auch sie zu den Zeichen der Zeit, ein alter Jurist würde in einem solchen Mandat nichts Unerlaubtes erblickt haben, es ergibt sich daraus, wie sehr sich die Auffassung der Zeit in Bezug auf die Vertreibung des Pächters verändert hatte.

Ueber die „justa et probabilis, justa et rationabilis causa" gibt uns Marcellus keine Auskunft [1]). An welche Ansprüche

1) Nach Windscheid, Lehrbuch II, § 400, 7, wo sich auch die Literatur über unsere Frage angeführt findet, ist zu denken an den Fall, daß der Miether die Sache „nicht kraft seines Miethrechts retiniren, sondern als eigene besitzen will". Wenn das eine justa et probabilis causa ist, so ist sie überall vorhanden, der Miether braucht ja nur zu erklären, daß er diesen Willen habe, darin läge ja die justa causa seiner Weigerung. Wie der obige Satz von Windscheid sich mit dem bald folgenden verträgt: „Diese Stellen wollen nur sagen, daß in der Retention auf Grund des Miethvertrages keine Besitzentziehung liegt", ist mir unerfindlich. Wenn Windscheid noch hinzufügt: „Wenn aber aus der eigenen Erklärung des Vermiethers in der Klage eine Verpflichtung desselben, dem Miether die Sache zu lassen, hervorgeht, kann dem letzteren nicht verwehrt werden, diese Verpflichtung auch gegen die possessorische Klage einredeweise geltend zu machen", so kann ich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß dies m. E. stets der Fall ist. Um gegen Jemanden, der sich thatsächlich im Besitz der Sache befindet, die possessorische Klage zu erheben, muß der Kläger den Nachweis erbringen, daß der Beklagte entweder von ihm d. i. als injustus possessor vi, clam, precario, oder für ihn, d. i. als Detentor in seinem Namen besitzt. Im letzteren Fall hat er zu dem Zweck die causa detentionis geltend zu machen, beim Miether also den Miethcontract. Damit räumt er das Dasein seiner Verpflichtung seinerseits ihm gegenüber ein, und die Fortdauer derselben ist nach allgemeinen

werden wir zu denken haben? Zunächst wohl an den Anspruch auf Belassung der Sache während der vertragsmäßig zugesicherten Zeit. Vielleicht auch an den wegen des Ersatzes der dem Besitzherrn zur Last fallenden nothwendigen Auslagen und an die Berechtigung zur Ausübung des dem Pächter und Miether zustehenden jus tollendi [1]).

Bei Vorhandensein derartiger Gründe enthält der Widerstand, den der Detentor dem Besitzherrn entgegensetzt, keinen Eingriff in sein Besitzrecht: non videbitur possessione dominum intervertisse (l. 20 cit.). Mittelst dieses Gesichtspunktes ist der Grund, welcher den Besitz zum Weichen vor der Obligation bestimmt, in ihn selber hinein verlegt, der Conflict beider abgewandt, es ist dasselbe Verhältniß, wie bei der Contractsklage, welcher der Beklagte den Einwand entgegensetzt, daß der Contract die eigene Sache betroffen habe [2]), der Anspruch ist ipso jure ausgeschlossen, weil seine Voraussetzungen nicht vorliegen, der Widerstand des Detentors fällt nicht unter den Gesichtspunkt der vis, und damit ist sowohl das inderdictum unde vi als das uti possidetis ausgeschlossen, welche beide vis in der Person des Beklagten zur Voraussetzung haben. In der Sprache des materiellen Rechts ausgedrückt heißt dies: das Vertreibungsrecht des Eigenthümers ist nicht mehr das unbeschränkte der alten Zeit, sondern es ist in gewisse Gränzen gewiesen.

Sicherlich ist es nicht erst die Jurisprudenz gewesen, welche der willkürlichen Ausübung des Vertreibungsrechts seitens des

---

Grundsätzen so lange anzunehmen, als er selber das Aufhören derselben dargethan hat, d. h. er hat, um mit der possessorischen Klage durchzudringen, den Nachweis zu liefern, daß das Miethsverhältniß beendet, der Zeitpunkt zur Geltendmachung seines Rückforderungsrechts gekommen ist.

1) l. 19 § 4. Loc. l. 55 § 1 (19. 2).

2) l. 45 pr. de R. J. (50. 12).

Besitzherrn eine Gränze setzte. Aus l. 54 § 1 Loc. (19. 2) entnehmen wir, daß sich die Pächter selber durch Conventionalpön dagegen sicherten, und die Jurisprudenz nahm keinen Anstand, die Vereinbarung als gültig zu behandeln, während sie, wenn sie darin einen Widerspruch gegen die Idee des Besitzes erblickt hätte, dieselbe für ebenso unwirksam hätte erklären müssen, wie in andern ähnlichen Fällen, z. B. die vertragsmäßige Ausschließung der Testirfreiheit, des Verkaufsrechts des Pfandgläubigers oder die Vereinbarungen über die Dos, welche der Bestimmung derselben oder dem Wesen der Ehe widersprachen. Sie nahm daran keinen Anstoß, zum besten Beweise, wie sich inzwischen die Anschauungen über die Rechtsstellung des Besitzherrn zum Detentor geändert hatten. Wenn Paulus, von dem die Stelle herrührt, der Conventionalpön für den Fall die Wirksamkeit abspricht, daß der Pächter mit Zahlung des Pachtzinses im Rückstand bleibt[1]) oder das Grundstück vernachlässigt, so geschieht es nur in Hinblick auf die muthmaßliche Absicht der Parteien (verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et, ut oportet, coleret). Was er hier für den Fall, daß sich der Pächter durch Conventionalpön gesichert hat, anerkennt, ist um so mehr für den Fall anzunehmen, daß dies nicht geschehen ist, d. h. im Fall der Vernachlässigung des Grundstücks oder der Nichtzahlung des Pachtzinses ist die Vertreibung des Pächters auch vom Standpunkt des neuern Rechts aus nicht zu beanstanden.

Fraglich ist, wie sich zu den im Bisherigen erörterten Aussprüchen der römischen Juristen einige Constitutionen im Codex=

---

1) Die zwei Jahre der Stelle gehören dem concreten Fall an, sie bilden keine Voraussetzung des Vertreibungsrechts, wie man fälschlich angenommen hat, Paulus stützt seine Entscheidung lediglich darauf: „si pensionibus paruerit", ohne der zwei Jahre zu gedenken.

titel Locati (4. 65) verhalten. Es sind l. 3, 32, 33 Locati (4. 65). Die beiden letzteren Stellen erregen den Anschein, als ob Zeno darin dem Pächter und Miether jeden Widerstand gegen das Räumungsverbot des Besitzherrn schlechthin habe untersagen wollen. Allein beide sprechen gar nicht von unserem Fall der Entsetzung des Pächters während bestehender Pacht, sondern von seinem gesetzwidrigen Verhalten nach Ablauf der Pachtzeit. In l. 32 erhebt er Klage gegen den neuen Pächter, der das Grundstück nach ihm gepachtet hat: quasi rem illicitam aut agenti damnosam temptaverit. Es handelt sich also seinerseits nicht um Widerstand gegen das Vertreibungsrecht des Eigenthümers, sondern um die Bestreitung seines Rechts, sein Grundstück beliebig zu verpachten, in der Person des neuen Pächters. Dies geht aus folgenden Wendungen unzweifelhaft hervor:

qui post eum cum domini voluntate ad eandem conductionem accessit, d. h. es hat sich ein neuer Pächter gemeldet, dem der Eigenthümer den Zuschlag gegeben hat;

patere facultatem dominis domos suos ... cui voluerint locandi, d. h. es handelt sich bloß um das Recht des Eigenthümers, das Grundstück Jedem, dem er Lust hat, zu verpachten;

nisi forte pacta per scripturam specialiter inita ... agentis intentionibus suffragantur, d. h. wenn nicht der Pächter sich die Erneuerung des Pachtcontracts nach Ablauf der bisherigen Pachtperiode urkundlich vorbehalten hat.

Nach der l. 33 cit. möchte man glauben, als ob jeder Pächter, der die Herausgabe des Grundstücks verweigert und den Herrn zur Klage nöthigt, eine Widerrechtlichkeit begehe, wofür er „ad similitudinem invasoris alienae possessionis non solum rem locatam, sed etiam aestimationem ejus

victrici parti praebere compellatur". In Wirklichkeit spricht sie nur von dem Fall, daß der Pächter nach beendigter Pachtzeit die Sache bis zum Endurtheil vorenthält (litem usque ad definitivam sententiam). Bis zum Endurtheil. Der Punkt ist wichtig. Hat er Gegenforderungen wegen der dem Kläger zur Last fallenden nothwendigen Impensen, so steht der Geltendmachung dieses Anspruchs der hier (Tit. locati) angestellten actio locati gegenüber processualisch nichts im Wege, der Richter legt dem Kläger, wie er es bei allen auf restituere gerichteten Klagen konnte, durch Zwischenurtheil (arbitrium) den Ersatz derselben auf. Leistet er Folge, so hat es der Beklagte in seiner Hand, sich der Verurtheilung im Endurtheil zu entziehen, er restituirt, und das Urtheil lautet auf Freisprechung. Leistet derselbe nicht Folge, so wird er mit der Klage abgewiesen. Zur Verurtheilung im Endurtheil kommt es nur, wenn der Beklagte aus nichtigen Gründen die Herausgabe bis zum letzten Moment verweigert, und hier trifft ihn die angedrohte Strafe mit Recht, während sie, wenn er berechtigte Gründe zur Weigerung hatte, gar nicht zu rechtfertigen war.

Auf diese Weise kommt die Stelle in Einklang mit den Aeußerungen des Marcellus [1]), und in diesem Sinne haben sie auch die Verfasser der Basiliken (XX, 1, 94) aufgefaßt, sie haben der Ungenauigkeit der Stelle durch den Zusatz: *μετὰ τὴν συμπλήρωσιν τῆς μισθώσεως* (post expleta tempora locationis) abgeholfen.

Die l. 3 Cod. ibid. enthält ein Rescript von Antoninus Pius, in dem derselbe den Miether einer Wohnung auf seine

1) Zur Unterstützung verweise ich noch auf die l. 10 Cod. (8. 4) von demselben Zeno, in der er den Widerstand des Datentors nur für den Fall untersagt: cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret.

Anfrage dahin beschieden, daß er nicht gegen seinen Willen vertrieben werden dürfe. Nur aus drei Gründen soll es dem Herrn verstattet sein: nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es, wozu sich als vierter noch der in Form der Bedingung ausgedrückte: si pensionem domino insulae solvis hinzugesellt. Wenn der Grund, den man an erster Stelle erwarten dürfte: Ablauf der Miethzeit übergangen wird, so ergibt sich daraus, daß der Kaiser nur die Frage von der Lösung des Miethverhältnisses während bestehender Miethzeit im Auge hatte.

Für das Verständniß der Stelle ist es von großer Wichtigkeit, sich den doppelten Sinn, den sie haben kann, klar zu machen. Sie kann bedeuten: der Vermiether darf in den angegebenen Fällen das Miethsverhältniß vor der Zeit lösen, ohne sich contractlichen Ansprüchen des Miethers auszusetzen, oder: er darf es thun, aber unter Vorbehalt der Abfindung des Miethers. Zweifellos ist der letzte Sinn zu Grunde zu legen. Antoninus Pius wollte die Lage des Miethers verbessern, nicht verschlechtern. In diesem Sinne wird seine Verfügung von den Verfassern der Basiliken erfaßt, sie leiten sie (20, 1, 65) ein mit der Bemerkung: ὡραῖον νόμιμον λέγει ἡ διάταξις (pulchrum jus constitutio continet), sie erblicken darin also eine werthvolle Neuerung des bisherigen Rechts. Wir wissen aber, daß auch nach früherem Recht dem Miether im Fall der Vertreibung ein Anspruch auf Schadloshaltung zustand, in den Pandekten wird derselbe von einem Juristen im Beginn der Kaiserzeit: Alfenus gerade in einem der von Antoninus Pius namhaft gemachten Fälle ausdrücklich anerkannt[1]). Selbst in dem Fall, wenn das Miethsverhältniß

1) In l. 30 pr. Loc. (19. 2), wo in Bezug auf den für den Schadensersatz zur Anwendung zu bringenden Maßstab zwei Fälle unterschieden

wegen Schuld des Miethers gelöst wird (Nichtzahlung des Miethzinses und Deterioration), wo mithin nach dem Grundsatz: quod quis ex culpa sua damnum sentit, damnum sentire non videtur, l. 203 de R. J. (50. 17), ein Anspruch auf das Interesse ausgeschlossen ist, wird ihm doch der auf Ersatz seiner Impensen zuzugestehen sein.

Die Stelle läßt demnach die Frage von den contractlichen Folgen der Vertreibung gänzlich dahingestellt, sie betrifft ausschließlich das Vertreibungsrecht des Vermiethers und unterwirft dasselbe Beschränkungen, denen es bisher nicht unterlag, oder die, wenn auch vielleicht in der Praxis bereits angenommen, doch noch keine gesetzliche Anerkennung gefunden hatten.

Darüber, was zu geschehen hat, wenn der Vermiether sich an die gesetzliche Beschränkung nicht kehrt, äußert sich die Stelle nicht. Zweifellos darf der Miether sich hier thatsächlich widersetzen, dazu gibt ihm der Ausspruch: invitum te expelli non oportet das Recht, es liegt also in seinem Widerstande keine Besitzesstörung, die den Vermiether zur Anstellung des interdictum uti possidetis berechtigte, es gilt hier vielmehr der Gesichtspunkt, den Marcellus für die Widersetzlichkeit des Pächters bei Vorhandensein einer justa et probabilis causa geltend macht: dominum possessione intervertisse non videtur. Aber wie wird dem Miether geholfen, wenn der Vermiether ihn dennoch austreibt? Würde ihm hier nicht richterliche Hülfe zu Theil, so wäre der Zweck, den der Kaiser erreichen wollte, vereitelt, die ganze Verfügung, das angebliche jus pulchrum der Byzantiner, wäre ein Schlag ins Wasser gewesen, es würde beim Alten bleiben: der Miether stellt die act. conducti auf das

---

werden: si vitiatum aedificium n e c e s s a r i o (dominus) demolitus esset, und: si n o n fuisset necesse demoliri, sed quia m e l i u s aedificare vellet, id fecisset.

Interesse an. Der Schutz, den der Kaiser ihm zugedacht hat, kann offenbar nur darin bestehen, daß der Vermiether durch den Richter genöthigt wird, dem Miether wieder die Wohnung einzuräumen, das bedeutet aber dem praktischen Resultat nach: die actio conducti übt die Function eines possessorischen Rechtsmittels aus, sie stellt thatsächlich das bisherige Detentionsverhältniß wieder her.

In diesem Licht betrachtet, erscheint die Verfügung von Antoninus Pius als ein weiterer Schritt auf der bereits von Marcellus eingeschlagenen Bahn der Sicherung des Detentors gegen die Willkür des Besitzherren, sie enthält einen neuen Beleg für den Umschwung, der sich in späterer Zeit in Bezug auf die Auffassung dieses Verhältnisses vollzogen hatte. Der Weg, den der Kaiser einschlug, unterschied sich zu seinem Vortheil von dem des Juristen. Letzterer hatte die Frage von der Berechtigung des Pächters zum Widerstand unbestimmt auf das Dasein einer justa et probabilis causa, d. h. in das Ermessen des Richters gestellt. Dieser Unbestimmtheit, die in der Praxis bei einem Verhältniß, das täglich zu der Frage Anlaß geben konnte, sicherlich recht fühlbar geworden sein wird, half der Kaiser ab, indem er vier ganz bestimmte Gründe namhaft machte, welche den Vermiether zur Vertreibung berechtigen sollten. Damit verbindet sich noch der Gegensatz in der principiellen Stellung, die Beide zu der Frage einnehmen. Marcellus hält mit der bisherigen Jurisprudenz an der principiellen Statthaftigkeit des Vertreibungsrechts fest und erhebt sich nur zu dem Gedanken, daß es ausnahmsweise einer Beschränkung zu unterwerfen sei. Antoninus Pius erklärt das Ausweisungsrecht im Prinzip für aufgehoben (invitum te expelli non oportet) und läßt es nur noch in ganz besonderen Ausnahmsfällen zu. Das Verhältniß zwischen Princip und Ausnahme ist also bei Beiden

das gerade entgegengesetzte: die Ausnahme des Marcellus ist zur Regel, die Regel des Marcellus zur Ausnahme geworden.

Unter den Gründen, welche Antoninus Pius namhaft macht[1]), ist der Fall des Verkaufs von Seiten des Eigenthümers nicht enthalten. Wenn die gangbare Meinung das Vertreibungsrecht auch für diesen Fall zuläßt, so stellt sie sich dadurch mit der l. 3 Cod. cit. in offenen Widerspruch. Der Eigenthümer selber darf ihr zufolge im Fall des Verkaufs den Miether nicht austreiben, nach Marcellus und Antoninus ist dieser in seinem Rechte, wenn er sich widersetzt; wird er dennoch von ihm ausgetrieben, so tritt das oben Gesagte ein: dem Miether steht die actio conducti auf Realrestitution zu. Auch der Käufer, sofern er nicht durch Tradition Eigenthümer geworden ist, was nur unter Zustimmung des Miethers möglich ist, darf es nicht, thut er es dennoch, so kommt der Ausspruch von Papinian in l. 18 de vi (43. 16) zur Anwendung: emtori non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit. Entgegengesetztenfalls würde der Eigenthümer die Verfügung der l. 3 Cod. cit. einfach dadurch umgehen können, daß er, anstatt selber die Vertreibung vorzunehmen, damit einen Andern beauftragte.

Die Zeugnisse, auf welche man sich für die obige Ansicht oder den Satz: Kauf bricht Miethe bezieht, enthalten den Satz nicht. Drei derselben[2]) sprechen dem Legatar, dem das Eigenthum oder der Nießbrauch an der vermietheten Sache vermacht ist, das Recht zu, den Miether zu vertreiben. Aber

1) Auf eine dogmatische Erörterung derselben, zu der insbesondere der des eigenen Bedürfnisses des Vermiethers Anlaß geben könnte, gehe ich bei dieser rein historischen Darstellung selbstverständlich nicht ein, ebensowenig darauf, wie weit noch neben der l. 3 Cod. von dem Gesichtspunkt des Marcellus Gebrauch zu machen sei.

2) l. 59 § 1 de usufr. (7. 1). l. 32 Loc. (19. 2). l. 120 § 2 de leg. I (30).

in seiner Person besteht eben das Hinderniß nicht, welches dasselbe in der Person des Vermiethers selber ausschließt: die contractliche Verpflichtung. Allerdings wird in der erstgenannten Stelle für das Vertreibungsrecht des Usufructuars die Analogie des Kaufs in Bezug genommen: ad exemplum venditionis . . . potest usufructuarius conductorem repellere, und auch zwei andere Stellen [1]) erkennen an, daß der Miether ganz in die Hand des Käufers gegeben sei, allein der entscheidende Punkt, ob dem Käufer tradirt war oder nicht, wird dabei umgangen. War tradirt, so ist alles in Ordnung, der Käufer ist Besitzer und Eigenthümer geworden, und da er nicht in die Verpflichtung des Verkäufers eingetreten ist, so steht seinem Vertreibungsrecht nichts im Wege. Auf diesen Fall sind meines Erachtens die Quellenäußerungen zu beschränken. Unter venditio verstehen sie nicht den bloßen Abschluß des Consensualcontracts, sondern die Verwirklichung desselben mittelst Uebergabe der Sache. Diesen Sinn hat das Wort zweifellos in dem ad exemplum venditionis der l. 59 § 1 cit. Die Parallele zwischen Usufructuar und Käufer würde gar nicht gepaßt haben, wenn der Jurist bei dem Ausdruck: Käufer nicht den Eigenthümer im Auge gehabt hätte, es wäre der Vergleich der Stellung des dinglich Berechtigten mit dem bloß obligatorisch Berechtigten gewesen.

Das Ergebniß meiner Ausführung würde demnach darin bestehen: der Satz, den man dem römischen Recht glaubt entnehmen zu können: Kauf bricht Miethe, ist in Wirklichkeit in demselben nicht begründet, er war es im alten Recht bis auf Marcellus und Antoninus Pius, ist aber im neuern aufgegeben worden, da die l. 3 Cod. den Fall des Verkaufs nicht unter den Gründen aufzählt, die den Vermiether zur Lösung

1) l. 25 § 1 Loc. (19. 2). l. 9 Cod. Loc. (4. 65).

des Miethverhältnisses und zur Vertreibung des Miethers berechtigen. Der Miether braucht die Tradition an den Käufer nicht zu dulden, ohne seine Zustimmung aber kann dieselbe nicht beschafft werden, gegen Gewaltakte, sei es von Seiten des Eigenthümers oder Käufers, findet er den Schutz des Rechts. Die Rechtsstellung des Miethers ist dadurch dem früheren Recht gegenüber außerordentlich verbessert worden, und gerade das mag es sein, was die Byzantiner bei ihrem jus pulchrum der l. 3 Cod. cit. im Auge hatten. Es blieb der romanistischen Theorie vorbehalten, in befangener Hingabe an die altrömische Besitzidee ihren Blick gegen den gesunden Fortschritt, den das spätere Recht gemacht hat, zu verschließen und uns in jenem Satz: Kauf bricht Miethe einen Rest der römischen Urzeit heraufzubeschwören, der dem damaligen rohen Rechtsgefühl entsprechen mochte oder, richtiger, dem Recht nur durch das sociale Uebergewicht der besitzenden Klassen über die ärmeren aufgezwungen worden, der aber bereits im späteren Rom dem geläuterten Rechtsgefühl erlegen ist und mit unserem heutigen Rechtsgefühl meines Erachtens in ebenso grellem Widerspruch steht, wie mit unseren wirthschaftlichen Verhältnissen [1]). Kämen die Byzantiner heute

---

1) Dem nahezu einstimmigen Widerspruch, der sich gegen die Aufnahme des Satzes in den Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs erhoben hat, schließe ich mich mit ganzem Herzen an. Die vorzügliche Begründung, welche derselbe in der Schrift von O. Fischer: Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? Ein Gutachten dem deutschen Juristentag erstattet, Berlin 1888, gefunden hat, überhebt mich der Rechtfertigung des obigen Urtheils. Wer die Gestalt des Pacht- und Miethverhältnisses im alten Rom (S. 117—122) mit der heutigen vergleicht, sich die sociale Lage der im alten Rom auf dasselbe angewiesenen Bevölkerungsklasse und das verschwindend geringe wirthschaftliche Interesse, das sich dort an eine vorzeitige Lösung desselben knüpfte, auf der einen Seite vergegenwärtigt und auf der andern die eminente, sowohl sociale wie wirthschaftliche Bedeutung beider Verhältnisse im heutigen Leben (Wohnungsmiethe in großen Städten als Ersatz

zurück, sie würden sich wundern, was aus ihrem jus pulchrum geworden ist, während ein Römer aus der Urzeit freilich seine Freude daran haben würde.

Dem Rechtsschutz des Detentors ist in der spätern Kaiserzeit vorübergehend noch eine erweiterte Ausdehnung gegeben worden. Es ist dies geschehen durch die l. 4 Cod. Theod. unde vi (4. 22) von Arcadius und Honorius, welche eine Bestimmung, die Constantin in l. 1 Cod. ibid. (wiederholt in l. 1 Cod. Just. si per vim 8. 5) für den Besitzer getroffen hatte, auf den Detentor ausdehnt. Sie bestand in der dem Besitzer für den Fall seiner Abwesenheit gewährten Rechtshülfe gegen Besitzentziehung. Hier sollen alle Personen, die berufen sind, sein Interesse wahrzunehmen: Pächter, Verwandte, Freunde, Freigelassene, ja sogar Sklaven ermächtigt sein, Anzeige zu machen, und der Richter soll darauf hin von Amtswegen die Sache in die Hand nehmen und den frühern Zustand sofort wieder herstellen. Scheinbar eine juristische Ungeheuerlichkeit — eine der Grundideen des Privatrechts, daß nur der Berechtigte selber Klage erheben kann, wird damit preisgegeben. In Wirklichkeit nahm Constantin nur einen Gedanken des altrömischen Rechts wieder auf: Stellung des Hülflosen unter den Schutz derjenigen Personen, welche den Beruf haben, sich seiner anzunehmen. Schon die lex Hostilia aus der frühen Zeit der Republik schlug denselben Weg ein, indem sie für den Fall der Entwendung von

des eigenen Hauses auch für die höchsten Bevölkerungsklassen — Pachtungen mit einem Pachtzins von 75 000 Mk. und darüber und einem Betriebskapital von 150—200 000 Mk. — Geschäftslokale, deren Ausnutzung während bedungener Miethzeit wegen des erlangten Rufs und der Kundschaft einen enormen Kapitalwerth repräsentirt) — kurz, wer sich dies vergegenwärtigt, wird ebensowenig darüber im Zweifel sein, daß und warum es den Römern möglich war, mit dem Satz: Kauf bricht Miethe auszukommen, als darüber, daß und warum es uns nicht möglich ist.

Sachen eines in feindlicher Gewalt Befindlichen oder in Staatsangelegenheiten Abwesenden den zu seiner Vertretung berufenen Personen die Erhebung der actio furti verstattete (pr. J. de iis, per quos 4. 10), und an anderen Anwendungsfällen läßt es das ältere wie das neuere Recht nicht fehlen [1]). Ueber den Gesichtspunkt, unter dem man diesen Rechtsschutz des Abwesenden erfaßte, gibt uns die l. 8 Cod. Theod. de jurisd. (2. 1) von Arcadius und Honorius (verkürzt in l. 8 Cod. Just. unde vi 8. 4) Auskunft, kurz ausgedrückt war es der des heutigen Antragsvergehens. Hier wird das zu dem Zwecke zur Verfügung gestellte Rechtsmittel als momentariae possessionis interdictum bezeichnet und die Bemerkung hinzugefügt: quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur [2]), d. i. ausnahmsweise auch ohne Einleitung eines Strafverfahrens, woraus die ursprüngliche criminalistische oder polizeiliche Bedeutung des Rechtsmittels deutlich erhellt [3]).

Die Verfügung von Constantin enthält keine Andeutung, daß der Schutz auch dem Detentor zu Theil werden soll, sie spricht nur von possessio schlechthin, worunter nur der

1) Ich verweise auf das agere pro libertate, pro tutela und die von mir Geist des R. R. II S. 113 Anm. 139 und IV S. 360 Anm. 470 genannten Beispiele, unter denen sich auch eins von Justinian befindet.

2) Zur Erklärung dient § 2 der Originalconstitution: cum igitur de his rebus parvis ac minimis tuae sit injuria potestatis judicare, decretum est, eas tantum causas criminales a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritus horror inscriptionis impleverit.

3) Die herrschende Ansicht erblickt in demselben nur einen andern Namen für das interdictum unde vi. Wie sich aus dem Text ergibt, mit Unrecht. Das interdictum unde vi ist eine gewöhnliche Pönalklage, das interdictum oder die actio momentaneae possessionis oder actio momenti, wie sie auch genannt wird, nicht, sonst hätte sie nicht von Sklaven erhoben werden können, sie ist nichts als eine Anzeige bei der Obrigkeit über

juristische Besitz sich verstehen läßt. In der 4 Cod. Theod. cit. von Arcadius und Honorius erhält dieser Ausdruck aber einen Zusatz, welcher die Erstreckung des Rechtsmittels auf den Detentor außer Zweifel stellt.

Die entscheidenden Worte lauten:

Sub quocunque igitur nomine vel titulo possidenti repetendi copia praebeatur, qui utendae rei habuit facultatem.

Für Jeden, der nicht von vornherein die Ueberzeugung von der Unmöglichkeit der Ausdehnung des Besitzesschutzes auf den Detentor mitbringt und sein Auge nicht absichtlich der Wahrheit verschließt, kann es nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß die Stelle auch den Detentor umfassen soll.

Mag auch das sub quocunque titulo auf den Besitzer zu beziehen sein, (Gegensatz des justus und injustus possessor) des sub quocunque nomine kann sprachlich in keinem anderen Sinne verstanden werden, als daß es auch den Detentor in sich begreifen soll. Der Ausdruck possidere, sagen die Kaiser, soll hier im weitesten Sinne genommen werden, Jeder, auf den der Ausdruck sprachlich Anwendung findet, soll des Rechtsschutzes theilhaftig werden. Damit ist die Bedeutung des Ausdrucks possidere im Sinn von civiliter ausdrücklich abgelehnt, er soll auch das naturaliter possidere d. i. die Detention mit umfassen.

Wenn die Kaiser noch den Passus: qui utendae rei habet facultatem hinzufügen, der ebenfalls für den Pächter und Miether zutrifft, so ist das keine bloße Tautologie, sondern

---

eine verübte Gewaltthat. Ich habe das Rechtsmittel in meinem Grund des Besitzesschutzes S. 104 fl. behandelt und halte meine dort vertheidigte Ansicht, von wenigen unerheblichen Modifikationen abgesehen, gegen den inzwischen dagegen laut gewordenen Widerspruch, auch jetzt noch vollständig aufrecht.

derselbe unterwirft das Vorhergehende einer Beschränkung: das Rechtsmittel soll nur demjenigen zustehen, der die Sache seinetwegen in Händen, ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Besitzverhältnisses hat, nicht demjenigen, der sie nur für den Eigenthümer bewirthschaftet; kurz gesagt nur dem Besitzer und dem selbstnützigen, nicht dem prokuratorischen Detentor. Der dem zu Grunde liegende Gedanke ist: Rechtsschutz des Interesses an dem Bestehen des Besitzverhältnisses.

Zu dem in diesen beiden Wendungen enthaltenen sprachlichen Argumente für die Erstreckung des Rechtsmittels auf den Detentor gesellt sich noch das sachliche der eigenthümlichen processualischen Gestaltung des Rechtsmittels hinzu. Der Richter soll sich auf eine nähere Untersuchung des Besitzverhältnisses gar nicht einlassen, dem Kläger soll sofort geholfen werden, der Proceß nicht den mindesten Aufschub erleiden (celeri redhibitione consulere nec judicium dilatione suspendi). Diese sofortige Erledigung der Sache bildet den Grundzug des Rechtsmittels[1]), und daher erklärt sich auch der Name actio momenti, interdictum momentariae possessionis, momentaneae possessionis actio, die Bezeichnung des Zweckes der Klage: ad repetendum momentum. Damit ist der Punkt, auf den der Richter sein Augenmerk richten soll, mit einem Wort wieder gegeben: Dasein des Besitzverhältnisses im Moment der Dejection. Den Richter soll die Vergangenheit gar nicht kümmern, er soll sich ausschließlich auf das Besitzverhältniß im Moment

1) Sie wird in den Quellen unausgesetzt betont, s. die Stellen in meiner oben citirten Schrift S. 107 Anm. 109. Es kommen folgende Wendungen vor: juris suffragium quod in celeri reformatione consistit — celeri redhibitione — celeri reformatione — protinus restituta — illico reddatur.

der Besitzentziehung beschränken. Alle Fragen, welche die Qualification desselben betreffen: ob juristischer Besitz oder Detention, possessio justa oder injusta, führen ihn in die Vergangenheit zurück, auf den Entstehungsgrund, die causa des Verhältnisses. Dadurch wird es ihm ermöglicht, der ihm gewordenen Auflage: den früheren Zustand „protinus, illico, celeri reformatione, restitutione, redhibitione" wiederherzustellen, nachzukommen, während jedes Eingehen auf die Qualification des Besitzes diesen Zweck vereiteln und die Gefahr herbeiführen würde: judicium dilatione suspendi. Es ist derselbe Gedanke wie beim Summariissimum: sofortige Rechtshülfe auf Grund des Primafaciebeweises mit Ausschluß aller eingehenden Untersuchungen, der sog. res altioris indaginis. Der Vergleich beider Rechtsmittel trifft auch darin zu, daß das Summariissimum ebenso wie die actio momenti ursprünglich auf der Officialthätigkeit des Richters beruhte [1]), nur darin weichen beide von einander ab, daß jenes ein Rechtsmittel retinendae, dieses recuperandae possessionis ist; in Bezug auf den recuperatorischen Effect gleicht es der actio spolii, die ebenfalls dem Detentor zugestanden ward. Alle drei Rechtsmittel kommen darin überein, daß der Richter der Gewalt schlechthin entgegentreten soll, ohne die Qualification des Besitzverhältnisses in Frage zu ziehen.

Die Constitution von Arcadius und Honorius ist von den Compilatoren in den Codex nicht aufgenommen, der Rechtsschutz, den sie dem Detentor zuerkannt hatte, ist ihm also damit stillschweigend wieder aberkannt worden. In

1) Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, S. 233 fl., insbesondere die von ihm citirte Stelle von Innocenz: si ibi est timor armorum ex officio suo de plano et sine libello judex cognoscere debet, quis possideat.

den Pandekten (l. 1 § 10 unde vi 43. 16) wird derselbe dem Pächter ausdrücklich abgesprochen, so wenig dies auch zu dem Vorhergehenden (§ 9), dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet paßt, und im Codex findet sich kein Anhaltspunkt für das Gegentheil. Nur in einem Punkt scheint die Verfügung dauernden Bestand gewonnen zu haben. Im frühern Recht fand der injustus possessio gegen eine gewaltsame Dejection seitens des justus mittelst vis simplex keinen Rechtsschutz, das ihm zustehende interdictum de vi simplici ward durch die exceptio vitiosae possessionis zurückgeschlagen. Im neuern Recht greift dieselbe nicht mehr Platz, Justinian trägt dies (§ 6 J. de interd. 4. 15, l. 1 pr. unde vi 43. 16) als geltendes Recht vor, ohne, wie es sonst seine Gewohnheit ist, zu bemerken, daß diese Neuerung von ihm herrühre, offenbar hat er also dieselbe bereits vorgefunden. Den einzigen quellenmäßigen Anhaltspunkt, um sie in eine frühere Zeit hinein zu verfolgen, bietet uns die genannte Constitution von Arcadius uud Honorius. Hier wird das interdictum momentaneae ausdrücklich auch dem „sub quocunque titulo possidenti" zugestanden, d. i. auch dem injustus possessor, die Qualification des Besitzes soll vom Richter gar nicht in Betracht gezogen werden, das heißt m. a. W.: die exceptio vitiosae possessionis ist ausgeschlossen.

Der Umstand, daß unsere Constitution von den Compilatoren Justinians nicht aufgenommen ist, überhebt mich des näheren Eingehens auf dieselbe, zu dem sie sonst, wenn sie eine dogmatische Bedeutung in Anspruch nehmen könnte, Anlaß bieten würde, so z. B. in Bezug auf die Frage, ob das Rechtsmittel dem Detentor auch gegen den Besitzherrn zusteht, ob es auf den Fall der Abwesenheit desselben, von

dem die Constitution ausschließlich spricht, zu beschränken oder auch auf den Fall der Anwesenheit zu erstrecken ist.

II. Die Nachgeschichte des Detentionsbegriffs im Mittelalter und in der neuern Zeit.

Es sind lauter bekannte Dinge, die ich im Folgendem berühren werde, und die daher der genaueren Ausführung nicht bedürfen. Sie stellen uns den weitern Verlauf eines Entwicklungsprocesses dar, der schon in Rom begonnen hatte: Herstellung eines richtigen, dem natürlichen Rechtsgefühl und den wirthschaftlichen Interessen entsprechenden Verhältnisses zwischen Besitz und Detention.

Das erste Stadium desselben entfällt auf das Mittelalter. Mit der Aufnahme des römischen Rechts erhielt auch die römische Besitztheorie praktische Geltung. Es war nur möglich um den Preis einer schweren Schädigung des einheimischen Rechts und einer Mißachtung des nationalen Rechtsgefühls, und wir Deutsche vor allen haben die römische Besitztheorie theuer bezahlen müssen. Nach deutschrechtlicher Auffassung hatte der Pächter die Gewere (S. 311), er war also vollständig gesichert, der Eigenthümer konnte ihn nicht vertreiben, Kauf brach nicht Pacht. Dieser gesunde Gedanke der Gewere des Pächters machte der römischen Detention Platz, die Juristen machten die Entdeckung, daß es dem Pächter an dem richtigen Besitzwillen fehle, und daß er darum nur Detentor, nicht Besitzer sein könne. Damit war sein Loos besiegelt, es ward das des römischen Pächters zur Zeit der uneingeschränkten Geltung der römischen Besitztheorie, den der Grundherr beliebig vertreiben durfte, und den man dem uti possidetis desselben gegenüber mit seinen Ansprüchen auf die Contractsklage verwies. Römischer als das römische Recht

selber, nahm man von der Verbesserung, die seine Rechtsstellung durch Marcellus und Antoninus Pius erfahren hatte keine Notiz, im Falle des Verkaufs mußte er weichen.

So wurden denn mit dem römischem Recht die neuern Völker mit dem Schlechtesten, das es vielleicht je hervorgebracht hat: dem Detentionsbegriff in Anwendung auf das selbstnützige Besitzverhältniß beschenkt. Sie mußten sich von den Juristen sagen lassen, daß Jeder, der die Sache nicht als oder wie ein Eigenthümer inne habe, und dem das römische Recht nicht ausnahmsweise dennoch den Besitzschutz zuerkannt habe, auf letzteren keinen Anspruch habe, daß der Detentor in Bezug auf sein Besitzverhältniß ein vogelfreier Mann sei. Den schroffen Widerspruch, den dieser Satz zu dem gesunden Rechtsgefühl des Volkes bildete, haben sich auch die Juristen nicht verhehlt. Unvermögend, ihn im Widerspruch mit den römischen Quellen durch eine principielle Ausschließung des römischen Detentionsbegriffs für das angegebene Verhältniß vollständig auszugleichen, haben sie wenigstens das Ihrige gethan, um dem Detentor jedenfalls einen beschränkten Schutz gegen Gewaltthätigkeiten zuzuwenden. Es waren das Summariissimum und die Spolienklage. Beide wurden ohne Unterschied dem Detentor wie dem Besitzer zugestanden. Freilich dem Besitzherrn gegenüber waren beide für den Detentor nur von unerheblichem Werth, sie sicherten ihn gegen denselben nur provisorisch, nicht definitiv, dem sog. possessorium ordinarium ward dadurch nicht präjudicirt, für letzteres kam die römische Besitztheorie in ihrer vollen Strenge zur Anwendung, Pächter und Miether mußten weichen, ohne im Besitzverfahren sich auf die vertragsmäßigen Vereinbarungen berufen zu dürfen.

Zu den Erweiterungen, welche der Besitzschutz, gleichmäßig der des Detentors wie des Besitzers, im Mittelalter erfuhr, zählt auch die Ausdehnung, welche Innocenz III. durch das

bekannte Caput: Saepe contingit (c. 18 X. de rest. spol. 2. 13) der actio spolii gegen den dritten malae fidei possessor gab. In meinen Augen zählt diese Bestimmung des größten Kenners des römischen Rechts unter den römischen Päbsten zu den werthvollsten und einsichtigsten Fortbildungen, welche die römische Besitztheorie je erfahren hat, und es bezeichnet den Mangel an praktischem Blick und die Befangenheit in doctrinärem Formalismus, wenn Puchta (Pandekten § 135 c) den Stab über sie bricht. Warum? Weil die Idee des Besitzes es mit sich bringt, daß er nur gegen denjenigen geschützt werden kann, der ihn unmittelbar angetastet hat. Die Idee? Woher entnehmen wir sie? Doch nicht einer angeborenen Intuition, die Idee des römischen Besitzes kann zweifellos nur dem römischen Recht entnommen werden. Bei den Römern aber ging Jahrhunderte lang, bis Justinian dies änderte, das interdictum utrubi gegen dritte Personen. Hat der römische Prätor darin keinen Widerspruch gegen die Idee des Besitzes gefunden, wie will Puchta Innocenz beschuldigen, sich gegen sie versündigt zu haben, da er nur dasselbe gethan hat, was der Prätor vor ihm? Die Erwägung, die ihn dazu bestimmte, war eine überaus triftige. Geht die Besitzesklage bloß gegen denjenigen, der unmittelbar den Besitz entzogen hat, so ist damit der Weg vorgezeichnet, den Erfolg derselben zu vereiteln. Derjenige, der es darauf abgesehen hat, beauftragt einen Andern, und zwar sucht er sich dazu Jemanden aus, der nichts hat, und der daher die Verurtheilung ruhig über sich ergehen lassen kann, und dieser tritt ihm den Besitz sofort ab. Was nützt hier dem Dejicirten das interdictum unde vi gegen den Dejicienten? Gar nichts! Freilich, wenn er den Beweis führen kann, daß dieser den Akt im Auftrage des Andern vorgenommen hat, ist ihm leicht geholfen, aber wenn die beiden Personen ihm

nicht die Freundlichkeit erweisen, ihn über ihre Vereinbarung in Kenntniß zu setzen, so mag er zusehen, wie er sie beweist. Man wird mir einwenden, daß dieselbe Schwierigkeit sich auch in Bezug auf den Beweis der mala fides erhebe. Allein dazu bedarf es nur des Nachweises, daß der bisherige Besitzstand dem Beklagten bekannt war. Kannte er ihn, so war er in mala fide, wenn er von Jemandem, der bisher nicht Besitzer war, ohne weitere Erkundigungen einzuziehen, die Sache erwarb.

Der Gedanke, der Innocenz leitete, war also der durch und durch gesunde: Sicherung des Besitzers gegen Vereitlung des ihm zustehenden recuperatorischen Besitzrechtsmittels.

Damit hat er eine zweifellose Lücke, welche die Theorie des römischen interdictum unde vi, wenigstens in der Gestalt, die sie in unsern Quellen an sich trägt, ausgefüllt, und mit vollem Recht hat auch der Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs in § 818 den von ihm eingeführten Satz beibehalten. Wie sehr hebt sich hier der Pabst des dreizehnten Jahrhunderts von dem Juristen des neunzehnten ab! Und es war einer der hervorragendsten, auf den unsere Wissenschaft trotz seiner logisch-formalistischen Richtung alle Ursache hat stolz zu sein. Bei jenem ein offenes Auge für das, was praktisch Noth thut, „non obstante juris civilis rigore“, wie er selber hinzufügt, bei diesem völlige Preisgabe desselben lediglich im Interesse einer vermeintlichen begrifflichen Correctheit.

Die Summe dessen, was das Mittelalter für den Detentor geleistet hat, faßt sich in den Satz zusammen: dem Besitzherrn gegenüber hat es seine Lage aus Mißverständniß des römischen Rechts eher verschlechtert, als verbessert, dagegen hat es ihm mittelst des Summariissimum und der Spolienklage und der Ausdehnung derselben gegen den dritten Be-

sitzer einen vollständigen Rechtsschutz gewährt, und das war immerhin ein erheblicher Fortschritt über das römische Recht hinaus.

Der letzte noch übrige Schritt in der Verbesserung der Lage des Detentors: Schutz gegen den Besitzherrn hat lange auf sich warten lassen, er ist erst im vorigen Jahrhundert ins Werk gesetzt worden. Damit berühren wir die neuere Zeit: die Periode der Aufhebung des römischen Rechts durch einheimische Gesetzgebungen.

Es macht einen seltsamen Eindruck zu sehen, daß auch diejenigen von diesen Gesetzbüchern, welche thatsächlich sich vom römischen Recht losgesagt d. h. dem römischen Detentor den vollen Besitzesschutz zuerkannt haben, dennoch nicht den Muth gehabt haben, die ungesunde Theorie vom animus domini über Bord zu werfen. Das von der Wissenschaft gelehrte Dogma von der Unerläßlichkeit des animus domini für den rechten, richtigen Besitz galt als ein unumstößliches und ist in fast alle Gesetzbücher übergegangen [1]). Die Verfasser derselben würden geglaubt haben, sich wissenschaftlich zu compromittiren, wenn sie ihm nicht die schuldige Ehrerbietung erwiesen hätten. Aber in einigen derselben ist es bei der bloßen Reverenz geblieben, sie lassen dem Manne, der sich des animus domini rühmen kann, die Ehre, sich ausschließlich Besitzer nennen zu dürfen, während derjenige, der sich dieses Vorzugs nicht erfreut, sich mit dem Namen „unvollständiger Besitzer" oder „Inhaber" begnügen muß, ersteres im preußischen Landrecht, letzteres im Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die Aenderung, welche das Allgemeine Preußische Land-

1) Einer genaueren Angabe überhebt mich die Verweisung auf Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts II § 75. In Bezug auf das bairische Recht und das preußische Landrecht s. außerdem Bruns, Recht des Besitzes u. s. w. § 48, 49.

recht in Bezug auf die praktische Gestaltung des Rechtsverhältnisses des Detentors getroffen hat, ist in meinen Augen die bedeutendste, welche die Geschichte des Besitzes überhaupt, sowohl in Rom wie bei uns, zu verzeichnen hat. Sie besteht darin, daß dem Detentor des römischen Rechts im selbstnützigen Detentionsverhältniß unter dem Namen des unvollständigen Besitzers (I 7 § 11) der Besitzschutz zuerkannt wird, während es in Bezug auf den „bloßen Inhaber" d. i. in meiner Sprache den procuratorischen Detentor beim römischen Recht verbleibt. „Den bloßen Inhaber kann derjenige, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen" (daselbst § 144), nur mit der Beschränkung: „Doch darf auch einer solcher Besitzer einer unerlaubten Privatgewalt, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört, oder der Inhaber in seinen anderweitigen Gerechtsamen gestört wird, sich nicht bedienen" (§ 145). Damit ist der römische Detentionsbegriff oder was dasselbe: das Besitzrecht des Besitzherrn auf sein richtiges Maß zurückgeführt. Es verdient dieselbe Anerkennung, daß Suarez, der wie regelmäßig so auch hier das Verdienst dieses gesunden Fortschrittes beanspruchen kann [1]), die Schutzlosigkeit des Detentors dem Besitzherrn gegenüber im selbstnützigen Detentionsverhältniß (Pächter, Miether, Commodatar) ausgeschlossen, als daß er sie im procuratorischen beibehalten hat.

---

1) Die treffende Kritik, der er die römische Besitztheorie unterwirft, stellt dies außer Zweifel, s. dieselbe bei Bruns a. a. O. S. 435. Natürlich hat seine Umgestaltung der römischen Besitztheorie bei den Doctrinären keinen Beifall gefunden, selbst nicht einmal bei Bruns S. 471, der doch durch seine eindringenden Untersuchungen über die geschichtliche Entwicklung des Besitzrechts in der modernen Welt am ersten dazu hätte gelangen sollen, den Besitz mit anderem als mit römischem oder richtiger mit romanistischem Auge anzusehen, aber die Bedingtheit des Besitzes durch den animus domini gilt auch ihm, wie früher (S. 256 fl.) gezeigt, als unantastbare Wahrheit, als logisches noli me tangere.

Im engsten Zusammenhange damit stand die übrigens schon vorher [1]) gesetzlich verfügte Sicherung des Miethers und Pächters im Fall des Verkaufs der Sache. Dem Verkauf und der Uebertragung des Eigenthums durch den Verpächter steht nichts im Wege, aber dem Recht beider Personen geschieht kein Abbruch, in römischer Terminologie ausgedrückt: ihr contractliches Verhältniß ist zu einem jus in re erhoben (I 21 § 2). Der Käufer succedirt activ und passiv in das Obligationsverhältniß des Verkäufers [2]). Vom Standpunkt der romanistischen Theorie aus ebenfalls ein höchst anstößiger Satz, vom praktischen Standpunkt aus die allein richtige Gestaltung des Verhältnisses [3]).

Wir sind am Ziele angelangt. Die Nachgeschichte des Detentionsbegriffs in der nachrömischen Zeit hat mit der durch das preußische und einige andere neuere Rechte bewerkstelligten Erhebung des selbstnützigen Inhabers zum Besitzer ihren Abschluß erreicht. Darüber hinaus hat der Entwurf unseres bürgerlichen Gesetzbuchs noch einen weiteren Schritt gethan, indem er dem Inhaber schlechthin, also auch dem prokuratorischen, den Besitzschutz zuerkennt, allein dieser Schritt gehört noch nicht der Geschichte an, und unser künftiges Gesetzbuch wird sich hoffentlich zu ihm nicht entschließen, wir werden bei der Kritik des Entwurfs (XIX) Gelegenheit haben, uns über ihn schlüssig zu werden.

---

1) S. O. Fischer in der S. 450, Note 1 angeführten Schrift S. 85.

2) Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts Bd. I Aufl. 2 § 291.

3) Für den activen Uebergang hat man den Gesichtspunkt der Cession heranholen wollen, Dernburg a. a. O. Note 6, meines Erachtens ohne Noth. Geht das Obligationsverhältniß passiv auf den Käufer über, lediglich durch das Gesetz, warum nicht auch activ? In der Bestreitung dieser Möglichkeit steckt noch ein letzter Rest der romanisirenden Auffassung.

Realkritik der Geschichte an dem altrömischen Detentionsbegriff — das war der Gesichtspunkt, mittelst dessen ich oben (S. 432) das Interesse, welches die Nachgeschichte des römischen Detentionsbegriffs für uns beansprucht, zum Ausdruck gebracht habe. Wir kennen jetzt die Kritik, welche die Geschichte an ihm vollzogen hat. Der römische Detentionsbegriff in seiner ursprünglichen Gestalt hat die geschichtliche Probe nicht bestanden, er zählt nicht zu den gesunden, lebenskräftigen, kernigen Gedanken des römischen Rechts, die ihre Gesundheit und Lebenskraft daran bewähren, daß sie zunehmen, wachsen, gedeihen, nicht zu den unvergänglichen, denen die Kritik der Nachwelt nichts anzuhaben vermocht hat, sondern zu den mißlungensten Gedanken, welche die Geschichte des römischen Rechts zu verzeichnen hat, — ein Spiegelbild der unvollkommenen wirthschaftlichen Zustände und der rohen Gesinnungsweise der alten Zeit, und darum von vornherein dem Loose geweiht, das er verdiente d. i. nicht fortzuschreiten, zu wachsen, zu gedeihen mit der Entwicklung des wirthschaftlichen Lebens und des Rechtsgefühls, sondern sich mehr und mehr vor ihr zurückzuziehen und ihr schließlich gänzlich zu erliegen. Die Geschichte aller anderen Gedanken des römischen Sachenrechts ist ein unausgesetzter Fortschritt, die des Detentionsbegriffs ein unausgesetzter Rückschritt, bis er schließlich bei dem Punkt angelangt ist, wo er allein ebenso berechtigt wie unentbehrlich ist: beim procuratorischen Detentionsverhältniß.

Ringen des Detentions- mit dem Besitzbegriff — unter diesem Gesichtspunkte will ich die Nachgeschichte der Detention zusammenfassen. Aber es geschieht nur, um ihn sofort durch einen andern zu ersetzen. Hinter den Begriffen stecken auf dem Gebiete des praktischen Lebens die Interessen, sie sind es, welche die Rechtsthatsachen ins Leben gerufen haben, denen der Jurist mittelst seiner Begriffe nur die ent-

sprechende Denkform zu geben hat. Nicht also die Begriffe von Besitz und Detention ringen mit einander, als ob es sich darum handelte, wem von ihnen der Preis gebühre, sondern die realen praktischen Interessen des Lebens, die bei der Frage, ob in einem Verhältniß Besitz oder Detention angenommen werden soll, betheiligt sind. Die ganze Geschichte des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention, nicht bloß die im Bisherigen gezeichnete Nachgeschichte des Detentionsbegriffs, sondern auch die früher geschilderte von dem Moment an, wo er das römische Haus verließ, bekundet unausgesetzt die Triebkraft eines und desselben Gedankens des Interesses. In diesem einen Gedanken liegt alles, was sie uns vergegenwärtigen, beschlossen, er ist die „Unruhe" in der Uhr, welche die Bewegung bewirkt. Der Gesichtspunkt soll im Folgenden an den verschiedenen Gestaltungen des abgeleiteten Besitzverhältnisses, welche die Geschichte des Besitzes von der ältesten Zeit in Rom bis auf die Gegenwart aufzuweisen hat, dargelegt werden. Es sind vier.

Die erste. Sie führt uns den Gegensatz des Besitzers zum Detentor in der Urzeit vor. Es ist das Verhältniß des Grundherrn zu den kleinen Leuten, denen er ein Stück von seinem Lande oder von seinem Hause gegen Dienste, Naturalleistungen, Geld zur Benutzung überlassen hatte und die er jeder Zeit wieder vertreiben konnte: den Klienten[1]), Pächtern und Insassen.

Von unserem Standpunkt des Interesses aus erfaßt heißt dies: einseitige Betonung des Interesses des Eigenthümers im Besitzverhältniß — das Interesse des Detentors findet keine Berücksichtigung.

Die zweite. Sie vergegenwärtigt uns die Erhebung

1) Daß auch sie nur Detentoren waren, ist oben S. 393 gezeigt worden.

des Rechts zu dem Gedanken des rechtlich zu schützenden Interesses *mehrerer* Personen an einer und derselben Sache. Neben dem Eigenthümer finden noch andere Personen — sie sind oben (S. 433) genannt — Schutz für ihr Besitzverhältniß. Bei den Personal- und Prädialservituten und der Superficies löste man dies Problem des Doppelbesitzes in Form des *Rechtsbesitzes* (S. 137). Wie bei ihnen das jus in re dem Eigenthum gegenübersteht, so der Rechtsbesitz dem Sachbesitz. Der Vorgang, der sich auf dem Gebiete des Eigenthums vollzogen hat, wiederholt sich auf dem des Besitzes, der possessorische Schutz bleibt hier wie überall dem petitorischen zur Seite, ohne ihn wäre letzterer ein illusorischer (S. 200). Für die beiden andern dort genannten Verhältnisse scheinen die römischen Juristen den Gesichtspunkt des Rechtsbesitzes nicht zur Hülfe genommen zu haben, wir stehen hier vor der nackten Thatsache: der Detentor genießt possessorischen Schutz.

Die *dritte*. Sie nimmt den Gedanken der ersten auf, aber sie gibt ihm die gerade entgegengesetzte Gestalt: der Besitz wird vom Eigenthümer auf die ihm gegenüberstehende Person übertragen, jener ist possessorisch schutzlos, diese ausschließlich geschützt. Es ist das Verhältniß des sogen. abgeleiteten Besitzes im römischen und des unvollständigen im preußischen Recht. Unter unserem Gesichtspunkt erfaßt, heißt es: *ausschließliche* Betonung des Interesses in der Person des thatsächlichen Inhabers.

Eine seltsame Gestaltung des Verhältnisses, wie es scheint! Der Eigenthümer hat doch hier dasselbe Interesse, wie in den Fällen der ersten und zweiten Kategorie, warum denn nicht auch Besitzschutz?

Es hat seine guten Gründe, warum das Recht ihm denselben versagt und ihn zum Schutz seines Interesses auf den nämlichen Weg verweist, den der Detentor einschlagen muß: den

der Contractsklage. Ich kann hinsichtlich der Gründe, welche den Besitz in der andern Person bedingen, auf frühere Ausführungen Bezug nehmen. Der Ersatzmann (S. 380) erhält ihn, um Deckung an der Sache wegen seiner Auslagen zu bekommen. Der Sequester (S. 383), weil, so lange die Sequestration dauert, keine der Parteien in der Lage sein darf, ihm etwas anzuhaben. Der Pfandgläubiger (S. 369), weil der Zweck der Verpfändung seine völlige Selbständigkeit und Unabhängigkeit vom Verpfänder erfordert. Das Eigenthum desselben ist in seine Hand gegeben, er kann es auf andere Personen übertragen, praktisch hat er dieselbe Stellung inne, wie der fiduciarische Eigenthümer: die des Eigenthümers, der über die Sache verfügt, und sein eigenes Interesse ist Bürge dafür, daß er dieselbe nicht deteriorirt und, wenn sie ihm abhanden gekommen, sie sich mit den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln wieder verschafft. Wozu also ein Rechtsschutz des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger während bestehenden Pfandverhältnisses? Er hat Zeit, bis dasselbe beendet ist, dann aber gewährt ihm die actio pigneratitia das vollkommen ausreichende Mittel, seine Ansprüche geltend zu machen. Der Emphyteuta (S. 374 fl.) erhält den Sachbesitz gleichmäßig im eigenen Interesse wie in dem des Grundherrn. Das Interesse des Grundherrn ist durch seinen Anspruch auf den Kanon und sein Recht der Privation, welche beide er in Form der persönlichen Klage geltend macht, vollkommen gedeckt.

Ganz dasselbe hat das preußische Recht für das Verhältniß des unvollständigen Besitzers zum Eigenthümer angenommen. Es hätte hier auch den Begriff des Rechtsbesitzes zu Hülfe nehmen können, und vom Standpunkt der juristischen Construction würde es sich insofern empfohlen haben, als dann der Sachbesitz in der Person des Eigenthümers zur juristischen Begründung gewisser unerläßlicher Befugnisse im Pacht- und

Miethverhältniß, z. B. das Betreten des Grundstückes oder Hauses mit kauf-, pacht- oder miethlustigen Personen, die Vornahme nothwendiger Reparaturen hätte verwandt werden können, lauter Befugnisse, in denen die römischen Juristen Besitzakte erblicken (l. 3 § 3 uti poss. 43. 17). Praktisch reicht die Berufung des Eigenthümers auf die dem Pächter und Miether obliegende obligatorische Verpflichtung, diese Akte zu dulden, vollkommen aus.

4. Die vierte. Sie entfällt auf das prokuratorische Detentionsverhältniß. Dasselbe dient ausschließlich dem Interesse des Besitzherrn, die Annahme des Besitzes in seiner Person und der bloßen Detention in der Person des Stellvertreters ist nur der zutreffende Ausdruck für dasjenige, was der Gedanke des Interesses mit sich bringt.

Bei der vorstehenden Uebersicht ist der eigenthümlichen Gestaltung nicht gedacht worden, welche das Besitzverhältniß beim Prekarium annimmt. Daß auch bei ihm der Gedanke des Interesses den Sachbesitz in der Person des Prekaristen bedingte: das des Eigenthümers beim prokuratorischen (S. 408), das des Prekaristen in den übrigen Fällen des Prekarium, ist oben (S. 395, 405, 408 fl.) gezeigt worden. Dem Interesse des Eigenthümers, jeder Zeit den Besitz zurück zu erhalten, war entsprochen durch das ihm als possessor justus gegen den injustus zuerkannte Recht der Entsetzung und das für den Fall des Widerstandes ihm zustehende interdictum uti possidetis. Das interdictum de precario hatte nicht den Charakter einer Besitzesklage, es hatte zu seiner Grundlage den Gedanken der obligatorischen Verpflichtung, wie sich daraus ergibt, daß mittelst seiner auch die obligatorischen Ansprüche des Klägers wegen dolus und culpa lata geltend gemacht werden konnten, was über den Rahmen der Besitzesklage hinausgeht.

So ist es also der Gedanke des Interesses, der die

geschichtliche Entwicklung des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention unserem Verständniß erschließt. Von dem Besitzwillen, der nach der herrschenden Theorie den Gegensatz in die Welt gesetzt haben müßte, ist nirgends die mindeste Spur zu entdecken, weder bei seinem ersten Auftreten innerhalb des römischen Hauses, noch bei seinem Austritt aus demselben, noch im ganzen Verlauf seiner späteren Geschichte. Ueberall ist es der Gedanke des Interesses, dem der Besitz sich dienstbar erweist. Der Gedanke der Gegensätzlichkeit innerhalb des Besitzwillens beruht lediglich auf einer verfehlten Abstraction eines späteren römischen Juristen, seine ganze Wirksamkeit erschöpft sich daran, daß er die romanistische Theorie mehr als ein halbes Jahrtausend hindurch in die Irre geführt hat, für das Besitzrecht, wie die Römer selber es ausgebildet haben, hat er nicht die mindeste Bedeutung.

XIX.

Kritik des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Der erst während der Ausarbeitung und Drucklegung der gegenwärtigen Schrift erschienene „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich“ hat ihre Aufgabe über den ursprünglichen Plan ihrer Anlage hinaus erweitert. Derselbe hat die in ihr bekämpfte Lehre von dem Einfluß der Verschiedenheit des Besitzwillens auf das Besitzverhältniß einfach adoptirt. Zum Besitz gehört nach § 797 „der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)“, ohne ihn entsteht bloß Inhabung. Hätte er auch die rechtliche Wirkung, welche sich nach bisherigem Recht an den Gegensatz von Besitz und Inhabung knüpft, beibehalten, so würde es einer weiteren Besprechung des Entwurfs meinerseits nicht bedürfen, es würde dann alles, was ich im Bisherigen entwickelt habe, auf denselben Anwendung finden. Dies ist aber nicht der Fall. Der Entwurf hat dem Gegensatz eine völlig abweichende Gestaltung gegeben, indem er dem Inhaber die Rechtsmittel des Besitzers verleiht (§ 819, 820), und diese fundamentale Umgestaltung eines Gegensatzes, dessen Erörterung die gegenwärtige Schrift gewidmet war, schien es mir nöthig zu machen, auch den Entwurf zum Gegenstande meiner Besprechung zu machen. Die von ihm in dieser Beziehung ge-

troffene Neuerung habe ich mit Freuden begrüßt, nur daß sie meines Erachtens in einem Punkt das richtige Maß überschritten hat (S. 503 fl.), und ich würde sie, wenn der Entwurf mir sonst zur Kritik keine Veranlassung geboten hätte, der vorhergehenden Nummer als letztes historisches Entwicklungsmoment in der Nachgeschichte des Detentionsbegriffs eingereiht haben. Denn selbst in ihrer gegenwärtigen Gestalt als bloßer Vorschlag hat sie historische Bedeutung, sie documentirt die geistige Freiheit unserer Zeit gegenüber dem römischen Recht und der bisherigen romanistischen Theorie. Das Vorangehen des preußischen Landrechts hat seine Früchte getragen, der Irrthum, daß das abgeleitete Besitzverhältniß Detention erfordere, ist als solcher erkannt worden, auch Pächter und Miether und die übrigen Detentoren des römischen Rechts haben Anspruch auf Schutz ihres Besitzverhältnisses. Wenn irgend eine Neuerung, welche der Entwurf gegenüber dem römischen Recht getroffen hat, Anspruch und Aussicht auf Annahme durch unser künftiges Gesetzbuch hat, so ist es diese. Der historischen Bedeutung, welche schon der bloße Entwurf als solcher als Symptom des kritischen Verhaltens seiner Verfasser zum römischen Recht beanspruchen kann, wird voraussichtlich die der endgültigen legislativen Beseitigung des letzteren folgen.

Im Uebrigen aber hat der Entwurf mir zu manchen kritischen Bedenken Anlaß gegeben, die ich mich nicht enthalten kann mit aller der Offenheit darzulegen, welche der Zweck, den ich dabei verfolge, unser zukünftiges Gesetzbuch vor Mißgriffen zu bewahren, mir zur Pflicht macht. Ich treffe hier in nicht wenigen Punkten mit Gierke zusammen, der in seiner bekannten Besprechung des Entwurfs[1]) auch die Besitztheorie zum Gegenstande seiner Kritik gemacht, welche seine Unab-

1) In Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung u. s. w. B. 12 (1888), Heft 3, S. 74—77.

hängigkeit von den gangbaren romanistischen Vorurtheilen und sein treffendes Urtheil in ein glänzendes Licht gestellt hat. Ich meinerseits befinde mich bei meiner Kritik in der glücklichen Lage, daß das Meiste von dem, was ich bringen werde, bereits durch frühere eigene Ausführungen begründet worden ist, sie ermöglichen es mir meine Waffen zum Theil dem richtig verstandenen römischen Recht zu entlehnen.

Der Entwurf unterscheidet zwischen Besitz und Inhabung. Letztere ist die „thatsächliche Gewalt über die Sache", sie wird zum Besitz, wenn sich zu ihr der Wille des Inhabers, „die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)" hinzugesellt (§ 797).

Eine Inhabung im Sinne des Entwurfs haben wir anzunehmen in drei Fällen:

1. wenn an der Sache kein Eigenthum möglich ist (§ 798);
2. an wesentlichen Bestandtheilen einer im Besitz eines Andern befindlichen Sache (§ 798);
3. bei demjenigen, der den Willen hat, „die thatsächliche Gewalt für einen Andern auszuüben" (§ 804, 805, 811, 813) oder „der die Sache für ihn inne hat" (§ 815).

Sehen wir uns die drei Fälle an.

Der erste: Sachen, an denen kein Eigenthum möglich ist. An welche sollen wir dabei denken? Ich kenne keine, und auch in den Motiven zum Entwurf (III, S. 84) habe ich mich vergebens darnach umgesehen. Für das römische Recht hatte der zuerst von mir mit Nachdruck betonte Satz[1]): wo kein

1) Grund des Besitzesschutzes, S. 13 fl., 144 fl., 224. Während des Druckes kommt mir die interessante Abhandlung von L. Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht, Berlin 1888 (Sonderabdruck aus der Festgabe für Rudolf von Gneist) zu., wo S. 12 gegen meinen Satz der Besitz am

Eigenthum, da auch kein Besitz, praktische Realität, denn die Römer kannten Sachen, an denen Eigenthum nicht möglich ist (res extra commercium), aber was soll der Satz für uns? Er könnte geradesogut entgegengesetzt lauten, ohne daß dies den mindesten Unterschied machen würde. Die römische Kategorie ist beibehalten, aber es fällt nichts darunter, — eine leere Apothekerbüchse, die nach Veränderung der Medicinalordnung stehen geblieben ist, obschon der Artikel, auf den die Etikette lautet, fortan nicht mehr geführt wird. Allerdings halten die Motive (III 27) die Möglichkeit offen, daß die Büchse doch einmal gefüllt wird: „soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, welche im öffentlichen Recht wurzeln, muß die Ordnung derselben den Bundesstaaten verbleiben", Sache des Einführungsgesetzes soll es sein, „die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches zu begrenzen". Aber angenommen, der eine Bundesstaat bringe das Verhältniß an diesen Sachen unter die Kategorie des Eigenthums, der andere nicht, was nichts als eine rein doctrinäre Construction sein würde, deren sich der Gesetzgeber zu enthalten hat — so ist nicht abzusehen, warum der Besitzschutz, wenn er sonst für diese Sachen von praktischem Werth ist, in dem einen Bundesstaat gewährt, in dem andern versagt werden soll. Eine praktische Erwägung kann also die Verfasser des Entwurfes nicht bestimmt haben, den römischen Satz aufzunehmen. Was denn? Meines Erachtens nur das im vorhergehenden Paragraphen für den Besitzwillen aufgestellte Erforderniß, die Sache als die *seinige*

homo liber bona fide serviens angeführt wird. Der Einwand erledigt sich durch die Bemerkung, daß in Rom auch am Menschen Eigenthum und folglich auch Besitz möglich war. Dem Manne konnte man es doch nicht ansehen, ob er Freier oder Sklave war, und bis dies entschieden war, hatte der Richter den Besitz an ihm als möglich anzuerkennen.

zu haben — bei einer Sache, die nicht im Eigenthum stehen kann, ist dieser Wille ausgeschlossen. Der Satz ist nichts als ein logischer Schluß, der aller und jeder praktischen Realität entbehrt, eine der tauben Nüsse des animus domini im Entwurf.

Zu diesen rein logischen Schlüssen des Entwurfs zählt auch der zweite Fall der Inhabung.

Der zweite Fall: „an wesentlichen Bestandtheilen einer Sache findet ein von dem Besitz der letzteren abgesonderter Besitz nicht statt". Warum nicht? Weil ein besonderes Eigenthum an ihnen nicht möglich ist. Der Inhaber kann hier nicht den Willen haben, die Sache als die seinige zu haben, folglich die Bestandtheile nicht besitzen.

Damit ist der zweite Satz des § 799 logisch gerechtfertigt. Sehen wir zu, wohin wir mit der Logik gelangen.

Nach § 816 genießt auch derjenige, „welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere in baulichen Anlagen abgesonderte Wohnungsräume oder Wirthschaftsräume, inne hat", den Besitzesschutz, Handlungen des Theilhabers, welche ihn im Gebrauch hindern, sind nach § 817 als verbotene Eigenmacht anzusehen, es gilt für sie alles, was der Entwurf über letztere bestimmt (§§ 814, 815, 819, 820).

Drei Schwestern haben in Bezug auf das von ihrer Mutter ererbte Wohnhaus die Vereinbarung getroffen, daß jede von ihnen eine Etage separat haben, die Wirthschaftsräume, z. B. das Waschhaus, den Trockenboden alternirend benutzen sollen. Die Vereinbarung ist nach § 765 gültig. Eine der Schwestern bindet sich nicht daran. Nach gemeinem Recht können die beiden andern hier das interdictum uti possidetis anstellen, die l. 12 Com. div. (10. 3) gewährt dasselbe nämlich auch im Miteigenthumsverhältniß, und wenn auch in dieser Stelle der von uns gesetzte Fall einer Störung des durch die Vereinbarung hergestellten Besitzstandes nicht aus-

drücklich in Bezug genommen ist, so kann es doch nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß das genannte Interdict nach gemeinem Recht auch für diesen Fall zutreffend ist. Wie verhält es sich damit nach dem Entwurf? An wesentlichen Bestandtheilen einer Sache ist Besitz nicht möglich, das Verhältniß der Schwestern trägt mithin in Bezug auf die Etagen nicht den Charakter des Besitzes an sich, sondern nur den der Inhabung. Allerdings haben sie den Willen, die Sache „als eigene zu haben", aber auf einen einzelnen Bestandtheil kann sich derselbe nicht erstrecken, weil ein Eigenthum daran nicht möglich ist. Das Verhältniß nimmt daher folgende Gestalt an: Besitz in Bezug auf die Eigentsumsquote, Inhabung in Bezug auf die Etage, Mitbesitz in Bezug auf die gemeinsamen Räume — ein dreifaches Besitzverhältniß an einer und derselben Sache. Die Rechtslogik hat sich in ihren eigenen Schlingen gefangen!

Wozu diese ganze Künstelei? Warum nicht einfach die Möglichkeit eines Sonderbesitzes an einzelnen Wohnräumen anerkennen? Es gibt nur zwei praktisch mögliche Gestaltungen des ausschließlichen Besitzes mehrerer Personen an Häusern im Gegensatz des gemeinsamen oder des Mitbesitzes im Rechtssinn: Theilung nach Zeit, d. i. Alterniren in Bezug auf die Benutzung, oder in Bezug auf den Raum, d. i. Sonderbesitz in den einzelnen Wohnräumen. Ein legislatives Motiv, dem letzteren Verhältniß den Besitzesschutz zu versagen, liegt nicht vor, und der Entwurf selber erkennt ihm denselben unter dem Namen der Inhabung in Wirklichkeit zu: Das Bedenken, das ihn abgehalten hat, Besitz anzunehmen, ist ein rein doctrinäres: der Schluß vom Eigenthum auf den Besitz. Es ist wiederum der animus domini, der hier sein Spiel getrieben und die Verfasser des Entwurfs bestimmt hat, einem Besitzverhältniß, das praktisch Besitz ist, eine juristische

Construction zu geben, die dasselbe mit dem Satz, daß, wo kein Eigenthum, auch kein Besitz möglich sei, in Uebereinstimmung bringen soll. Aber der Gesetzgeber soll nicht construiren[1]), das soll er dem Juristen überlassen, er selber hat sich auf praktische Rechtssätze zu beschränken.

Der dritte Fall: die Inhabung desjenigen, der für einen Andern, d. i. den Besitzer, „die thatsächliche Gewalt ausübt". Damit berühre ich den wundesten Punkt des Entwurfs, in meinen Augen ist es der unheilvollste Einfluß, den die leidige Theorie des animus domini auf ihn ausgeübt hat.

Vom Standpunkt der romanistischen Theorie aus kann ich die Gestalt, welche der Entwurf der römischen Besitzeslehre gegeben hat, kurz so kennzeichnen: er hat den römischen Detentionsbegriff gänzlich über Bord geworfen, der Detentor ist praktisch Besitzer geworden. Der Inhaber des Entwurfs hat alle Rechte des römischen Besitzers, und zwar nicht bloß im Verhältniß zu dritten Personen, sondern auch dem Besitzherrn gegenüber, das Einzige, was ihm zum Besitzer fehlt, ist der Name, dieser ist ausschließlich demjenigen vorbehalten, der mit der in eigener oder durch fremde Personen ausgeübten thatsächlichen Gewalt zugleich den Willen verbindet, die Sache als eigene zu haben: den Besitzwillen, wie der Entwurf sich ausdrückt, in bisheriger Terminologie den animus domini. Damit hat die Theorie des animus domini einen Triumph gefeiert, der ihr bisher noch versagt war, sie kann sich der uneingeschränkten Annahme durch den Gesetzgeber rühmen, das Hinderniß, welches das römische Recht ihr noch in Gestalt des abgeleiteten Besitzes entgegengesetzte, ist aus dem Wege geräumt, die

---

1) Mein Geist des R. R. III S. 571 fl. Die Jurisprudenz kehrt sich an derartige gesetzliche Constructionen nicht, s. Note 515 daselbst, und dies Schicksal würde auch denen des Entwurfs bevorstehen, wenn sie in da künftige Gesetzbuch Aufnahme finden sollten.

bequeme Kategorie des abgeleiteten Besitzes beseitigt. Fortan sind auch diejenigen Personen, welche nach römischem Recht Besitzer waren, obschon sie des animus domini entbehrten, nur noch Inhaber, sie sind juristisch degradirt, mit den römischen Detentoren auf eine und dieselbe Linie gestellt. Aber sie mögen sich trösten, — — sie behalten alles, was sie bisher hatten, das Einzige, was der Entwurf ihnen abgesprochen hat, ist der Name. Es wird sich zeigen, ob wir ihnen nicht auch dazu wieder verhelfen können.

Dem Besitz und der Inhabung ist gemeinsam das äußere Moment des Besitzverhältnisses: in bisheriger Sprache das corpus, von dem Entwurf als thatsächliche Gewalt bezeichnet. Das unterscheidende Merkmal beider liegt im inneren Moment: im Willen. Der des Besitzers ist darauf gerichtet, die Sache als eigene zu haben, der des Inhabers darauf, die thatsächliche Gewalt für einen Andern auszuüben.

Beide Momente sollen im Folgenden einer Prüfung unterzogen werden.

Die thatsächliche Gewalt.

Ist der Besitz in Wirklichkeit thatsächliche Gewalt? So lehrt Savigny, und ihm haben sich fast alle neueren Juristen angeschlossen. Ich meinerseits habe dagegen schon vor Jahren Widerspruch erhoben[1]), und ich fühle mich gedrungen, zur Zeit, wo diese grundfalsche Auffassung Gefahr droht in unser künftiges Gesetzbuch überzugehen, denselben mit allem Nachdruck zu wiederholen.

Die Entwicklung des Besitzes mag geschichtlich überall mit der Vorstellung der thatsächlichen Herrschaft über die Sache

1) Grund des Besitzesschutzes Nr. X und XI.

begonnen haben. Aber das Rechtsinstitut des Besitzes wäre das unvollkommenste Institut von der Welt geblieben, wenn diese enge Vorstellung beibehalten worden wäre. Der wirthschaftliche Zweck, dem der Besitz dient, erforderte die Ausdehnung des Besitzesschutzes auch auf solche Gestaltungen desselben, die nicht unter den Gesichtspunkt der Gewalt fallen, und das römische Recht ist dieser Forderung nachgekommen. Dasselbe läßt den Besitz nicht bloß fortdauern, sondern selbst entstehen, auch wo nicht der geringste Schein der thatsächlichen Gewalt vorliegt. In Bezug auf den verkauften Acker, Wald u. s. w. entsteht der Besitz dadurch, daß der Käufer sich mit dem Verkäufer an Ort und Stelle verfügt und von ihm die Erklärung entgegennimmt, daß er den Besitz auf ihn übertrage. Erhält er damit die thatsächliche Gewalt über die Sache? Ein Wald von vielen tausend Morgen durch das bloße Anhören der Erklärung des Verkäufers und das Sehen des Saumes desselben in die thatsächliche Gewalt gebracht! — es heißt der sinnlichen Vorstellung offen Hohn sprechen. Die romanistische Theorie ist davor nicht zurückgeschreckt. Ich möchte wissen, ob jemals in irgend einer andern Wissenschaft mit der Sprache ein so unverantwortliches Spiel getrieben worden ist.

Jede Wissenschaft hat sich für ihre Begriffe die nöthigen sprachlichen Bezeichnungen zu bilden, aber wenn sie der Volkssprache einen Ausdruck entlehnt, der einen bestimmten sinnlichen Sinn hat, um ihn in diesem Sinne zu verwenden, so darf sie ihn nicht in einer Weise gebrauchen, die aller sinnlichen Vorstellung spottet. Der Besitz an dem Walde, an den von dem Wohnhause des Besitzers weit entfernten Wiesen, Aeckern ist keine thatsächliche Gewalt, so wenig wie der an beweglichen Sachen, die derselbe nicht unter seiner Obhut hat, z. B. dem Baumaterial auf seinem offenliegenden

Bauplatz, dem Mist, dem Heuhaufen, den Garben auf den Aeckern und Wiesen, den Steinen im Steinbruch, den gefällten Bäumen, den Fallen, Stricken, Dohnen, dem Kohlenmeiler in der Waldung. Ladet der Holzhändler die Bretter, der Ziegeleibesitzer die Ziegeln auf meinem Bauplatz, der Verkäufer des Mistes, Mergels, Sandes ihn auf meinem Acker ab, so werde ich sofort Besitzer. Und daran sollte ich, der ich in dem Moment, wo ich die Nachricht davon erhalte, auf meinem Zimmer sitze, die thatsächliche Gewalt erhalten? Man muß sich im Zustande des begrifflichen Hypnotismus befinden, um sich dies vorspiegeln zu lassen. Im Zustande des Hypnotismus ist alles möglich, da ißt man eine Kartoffel für einen Apfel, und so mag man denn auch einen Zustand, dem zur thatsächlichen Gewalt nicht weniger als alles fehlt, für eine thatsächliche Gewalt halten, aber wer sich nicht in diesem Zustand befindet, wird sich das nicht einreden lassen. Der Hypnotismus ist ein vorübergehender Zustand. Bei unserer Jurisprudenz hat er hinsichtlich des obigen Punktes den Charakter eines dauernden angenommen — es wäre Zeit, daß er endlich einmal ein Ende nehme.

Man denke sich, daß die Formulirung des Entwurfs Aufnahme in unser künftiges Gesetzbuch finde, und vergegenwärtige sich die Entscheidungen, die ein Richter, der sich streng an das Gesetzbuch bindet, fällen muß. In all' den angegebenen Fällen wird er den Besitzesschutz versagen müssen, da eine „thatsächliche Gewalt" nicht vorliegt. Sein gesunder Sinn wird ihn allerdings vor dieser Thorheit bewahren, er wird sich sagen: das Gesetzbuch hat zwar dies gesagt, aber ein Anderes gemeint. Aber warum sagt denn das Gesetzbuch selber nicht das, was es meint? Muß der Gesetzgeber Fehler machen, damit der Richter sie corrigire?

Wie der Entwurf im vorliegenden Fall dazu gekommen

ist, liegt auf der Hand: er hat einfach die gangbare Formulirung des sog. corpus übernommen. Von solchen Formulirungen gilt mutatis mutandis dasselbe, was Goethe von den Gesetzen sagt:

Es pflanzen sich ererbte Formeln
Wie eine ew'ge Krankheit fort.

Woher stammt hier die ererbte Formel? Aus dem römischen Recht? Ich leugne es, ich kenne zwar Aussprüche in den Quellen, die für ein Verhältniß, bei dem er zutrifft, den Gesichtspunkt der physischen Gewalt hervorheben, aber keinen, wo sie ihn zum Zweck der generellen Fassung des Besitzbegriffs verwenden. Und wäre es geschehen, so würde ich mich daran nicht kehren. Die verfehlten Formulirungen und Abstractionen der römischen Juristen binden uns nicht, uns steht dasselbe Recht zu, wie ihnen, d. i. selber zu formuliren und zu abstrahiren; stimmen sie nicht zu den Thatsachen, denen sie entnommen sind, so haben wir sie zu berichtigen (XX).

Aber die römischen Juristen haben den Fehler nicht begangen und konnten ihn nicht begehen. Dagegen schützte sie ein Blick auf das wirkliche Leben, schon allein die Verwendung, welche man im Verkehr von den Sklaven machte. Der Eigenthümer schickte treue, zuverlässige Sklaven oft auf weite Reisen, sie vermittelten den Briefverkehr, der Darleiher der pecunia trajectitia sandte sie mit dem Schiff in die Fremde, der Rheder bemannte mit ihnen das Schiff, und manche von ihnen waren selbst dauernd an fremden Handelsplätzen ansässig, um die Handelsgeschäfte des Herrn zu vermitteln. Und alle diese Sklaven, die frei herumgingen und jeden Moment sich aus dem Staube machen konnten, wären in der thatsächlichen Gewalt des Herrn gewesen? Dann befindet sich auch der Vogel auf dem Baum, das Wild im Walde, der Fisch im Wasser in meiner thatsächlichen Gewalt.

Mit dem bekannten Beispiel des saltus aestivi, an denen der Besitz auch während der Winterszeit fortdauert, verhält es sich nicht anders. Ich wünschte, daß ein Vertheidiger der herrschenden Theorie einmal in die Lage versetzt würde, die thatsächliche Gewalt an ihnen während der Winterszeit praktisch erproben zu müssen — der Versuch könnte ihm Hals und Bein kosten! Oder an der Sennhütte, an der Alpenwirthschaft, am Waldbestande im Hochgebirge zur gleichen Zeit, oder an der unbewohnten Insel, die dem Eigenthümer nur dazu dient, zur guten Jahreszeit Möweneier zu sammeln, zur Zeit der Aequinoctialstürme.

Negativ haben wir damit das Resultat gewonnen: das römische Recht knüpft den Besitzesschutz, d. i. den Besitz nicht an das Erforderniß der thatsächlichen Gewalt, und kein Recht der Welt kann es thun, ohne die praktische Bedeutung des Besitzesschutzes für das Verkehrsleben gänzlich aus dem Auge zu verlieren. Woran soll denn der Besitz geknüpft werden? An das Moment, worauf allein seine Bedeutung beruht: an das wirthschaftliche. Besitz ist das thatsächliche Verhältniß der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirthschaftlichen Verwendung geboten ist. Nach Verschiedenheit der Sachen nimmt dasselbe bald die Gestalt der physischen Gewalt an, bald nicht. Jenes bei den beweglichen Sachen, die man bei sich führt oder in seinem Hause aufzubewahren pflegt[1]), und

1) Das Argument, dessen sich Dernburg, Pandekten § 178 Anm. 1 gegen meinen Gesichtspunkt der wirthschaftlichen Bestimmung bedient, daß man auch Besitzer der Bücher bleibe, die man in der Speisekammer aufbewahrt, steht nicht auf der Höhe des Mannes, aus dessen Munde es kommt, es erinnert an Cicero's: apud imperitos tum dicta sunt in Bezug auf Servius Sulpicius (de finib. IV, 27). Derselbe Mann, der seine Bücher in der Speisekammer unterbringt, müßte, um das Gegengewicht herzustellen, die Küchenvorräthe: Fleisch, Gemüse, Milch, Butter u. s. w. in seinem Studirzimmer aufbewahren, den Waschtisch des Schlafzimmers im Salon, sein

den abgeschlossenen unbeweglichen Sachen: Häusern, Ställen, Scheunen, Speichern, umfriedeten Gärten. Dieses bei den beweglichen Sachen, die man, weil ihre wirthschaftliche Bestimmung dies nöthig macht, im Freien lagern, liegen, stehen läßt, bei den Hausthieren, die frei herumgehen, im Freien weiden, und sodann bei den nicht eingefriedeten Grundstücken: Aeckern, Wiesen, Wäldern oder Teichen, Steinbrüchen u. s. w. und auch bei denjenigen verschlossenen, die man periodisch, wie z. B. die Sennhütte, die Alpenwirthschaft, Sommerwohnung im Gebirge im Winter ohne alle Aufsicht läßt. Den Mist bringt man nicht in die Wohnung, sondern auf das Feld. Dahin gehört er, um verwandt zu werden, ebenso wie das Baumaterial auf den Bauplatz. Die Werthsachen aber bringt man nicht auf das Feld, sondern in das Haus. Wer sie auf dem Felde liegen sieht, wird sich sagen, daß sie verloren sind, das normale wirthschaftliche Verhältniß der Sache zur Person ist gestört, er begeht also keinen Eingriff in ein fremdes Besitzverhältniß, wenn er sie zu sich nimmt, um sie dem Eigenthümer zurückzugeben, sein Absehen ist vielmehr darauf gerichtet, das normale wirthschaftliche Verhältniß, d. i. den Besitz des Eigenthümers wieder herzustellen. Aber die Fangeisen, Stricke,

Salonmobiliar im Schlafzimmer. Er ist ein Narr, Narren aber soll man nicht zu Hülfe rufen, um eine Theorie, die auf vernünftige Leute zugeschnitten ist, zu widerlegen, sie stehen auf einer Linie mit den Hunden, zu denen einst Bruns gegen mich in der Besitztheorie seine Zuflucht genommen hat, s. meinen Scherz und Ernst S. 323. Aber selbst vor dem Narren, so lange derselbe die Bücher noch in seinem Hause aufbewahrt und nicht etwa auf seinem Felde ablagert, braucht mein wirthschaftlicher Gesichtspunkt nicht die Segel zu streichen. Ist denn die wirthschaftliche Verwendung durch einen bestimmten Ort innerhalb des Hauses bedingt? Manche meiner Bücher stehen auf dem Boden, weil ich in meiner Bibliothek keinen Platz für sie habe und kaum je in die Lage komme, sie anzusehen. Die Aufbewahrung im Hause, wo immerhin es sei, genügt, um das wirthschaftliche Verhältniß, wie ich es im Auge habe, herzustellen, denn es ermöglicht die jederzeitige Benutzung.

Dohnen, die im Walde aufgestellt sind, nimmt er nicht mit, um sie dem Eigenthümer zurückzustellen, weil er weiß, daß ihre wirthschaftliche Bestimmung gerade darin besteht, daß sie *hier* aufgestellt werden, und daß er damit einen Eingriff in ihr wirthschaftliches Bestimmungsverhältniß, d. i. den Besitz des Eigenthümers vornehmen würde. Der Maurergesell steckt die Cigarrentasche, die er auf dem Bauplatz findet, zu sich, um sie dem Eigenthümer zurückzustellen, aber das Baumaterial läßt er liegen, weil er weiß, daß er durch Mitnahme desselben sich eines Diebstahls schuldig machen würde. Treffe ich einen Mann im Walde mit dem von mir aufgestellten Fangeisen, so darf ich ihm sagen: Du hast es gestohlen. Wenn mit einem von mir verlorenen Gegenstand, so nicht, er kann ihn als negotiorum gestor zu sich genommen haben. Und dieser Gegensatz ist selbst dem gemeinen Mann vollkommen geläufig, er weiß sehr wohl, welche Sache er mit sich nehmen darf, welche nicht. Was leitet ihn dabei? Nichts als die richtige Erfassung des von mir aufgestellten wirthschaftlichen Gesichtspunktes. Bei der einen Art von Sachen sagt er sich: sie *sollen* hier sein, sie finden hier ihre wirthschaftliche Verwendung, bei den andern sagt er sich das Gegentheil. Das äußere Verhältniß: das corpus der Theorie ist bei beiden ganz dasselbe, sie liegen auffichtslos. Würde dies den Ausschlag geben, so müßte für beide Kategorieen ganz dasselbe gelten, entweder müßte bei beiden der Besitz fortdauern oder untergehen. Die Einsicht des gemeinen Mannes beschämt hier die juristische Theorie — der gemeine Mann weiß, was der Jurist übersieht: *daß nicht das äußere Verhältniß, sondern das wirthschaftliche Bestimmungsverhältniß den Ausschlag gibt.*

Einem Bootsmann fällt der Hut, die Pfeife ins Wasser und in ein dort ausgestelltes Netz. Er wird sich nicht besinnen,

sie herauszunehmen. Aber von den Fischen im Netz nimmt er keinen. Warum nicht? Weil er sich sagt: das Netz ist dazu ausgestellt, um Fische, nicht um Hüte und Pfeifen zu fangen, d. h. er hält sich an die wirthschaftliche Bestimmung des Netzes. Wäre die äußere Thatsache, daß irgend ein Gegenstand in dasselbe hineingerathen ist, entscheidend, so würde der Aussteller des Netzes wie den Besitz der Fische, so auch den des Hutes, der Pfeife erhalten haben, denn das äußere Gewaltverhältniß, das corpus im Sinne der bisherigen Theorie, ist an beiden Sachen ein und dasselbe, und der Bootsmann hätte den Hut nicht nehmen dürfen, ohne ein fremdes Besitzverhältniß anzutasten. Auch hier ist der Bootsmann, der sich an die wirthschaftliche Bestimmung des Netzes hält, einsichtiger, als der Jurist, der mit dem schalen, gänzlich unhaltbaren Gesichtspunkt der thatsächlichen Gewalt operirt.

Die Salinenverwaltung in Berchtesgaden bezieht ihr zum Sieden der Soole nöthiges Brennholz aus ihren Waldbeständen im Gebirge. Dasselbe wird dort gefällt, in Scheite gespalten und in die nicht schiffbare Ache geworfen, welche es bis zu dem bei der Saline in ihr angebrachten Holzrechen führt, wo es herausgenommen wird. Zweifellos behält die Salinenverwaltung den Besitz an den Holzscheiten. Aber die thatsächliche Gewalt über sie hat sie nicht, denn die Möglichkeit, sie schon vorher herauszunehmen, theilt sie mit jedem Andern. Angenommen, die Ache träte in Folge eines Wolkenbruches aus dem Ufer und risse Bretter, Balken, Bänke, Tische mit sich fort, so würde an ihnen der Besitz verloren gehen. Also auch hier wiederum Gleichheit des äußeren Verhältnisses und dennoch in dem einen Fall Besitz, in dem andern nicht, und letzteres auch hier mit einer dem gemeinen Mann vollkommen einleuchtenden Deutlichkeit. Keiner der Anwohner wird darüber im Unklaren sein, daß er die den Eigenthümern

entführten Bretter und Balken u. s. w. herausnehmen und behalten darf, bis die Eigenthümer sich melden, daß er es aber nicht darf hinsichtlich der Holzscheite. Warum nicht? Weil er weiß, daß das Flößen des Holzes eine zum Zweck der wirthschaftlichen Verwendung desselben getroffene Maßregel ist, nicht anders als das Abladen des Mistes auf dem Felde, des Baumaterials auf dem Bauplatz, daß aber bei den andern Sachen das bisherige zum Zweck der wirthschaftlichen Verwendung derselben erforderliche äußere Verhältniß derselben zur Person gestört worden ist.

Bei offen daliegenden unbeweglichen Sachen: Aeckern, Wiesen, Steinbrüchen, Wäldern, Teichen ist die wirthschaftliche Verwendung durch keine äußere Vorrichtung gesichert, der Besitz stellt sich hier nicht dar als ein äußerlich erkennbarer Zustand der Sache selber, sondern er äußert sich nur in einzelnen wirthschaftlichen Akten des Besitzers, daran, daß er eggt, pflügt, säet, die Frucht schneidet, das Gras mäht, das Vieh auf die Weide treibt, Holz schlägt, fischt. Alle diese Akte kann ein Anderer ganz ebenso gut vornehmen, und wenn er in unmittelbarer Nähe, der Besitzer aber entfernt wohnt, sogar ungleich leichter. Von einer thatsächlichen Gewalt des letztern über die Sache kann hier mithin gar nicht die Rede sein, sonst müßte sie dem nächsten Anlieger erst recht zustehen. Die angebliche Uebertragung der thatsächlichen Gewalt mittelst Tradition solcher Liegenschaften ist demnach eine reine Fiktion, sie besteht in nichts als in einem Akt, der, wenn ein Anderer ihn vornehmen wollte, gänzlich bedeutungslos sein würde, und dem nur das Recht, die Wirkung der Uebertragung des Besitzes zuerkannt hat: in dem Gange zum Grundstück. Aber nicht auf diesem Gang beruht der Nachdruck der Tradition, sondern auf der Erklärung des bisherigen Besitzers, daß er den Besitz übertragen wolle: der testatio vacuae possessionis, und es ist ein

leerer Formalismus, ein Rückstand der sinnlichen Anschauungsweise der alten Zeit[1]), daß das römische Recht diesen Gang für den Käufer noch erfordert, während es dem Verkäufer die Nöthigung selber mit zu erscheinen erlassen hat, er kann den Erwerber in possessionem mittere (l. 34 pr. h. t. l. 18 unde vi 43. 16). In seiner eigenen Person trug das Besitzverhältniß eine gänzlich andere Gestalt an sich, es bestand nicht in bloßen Gängen zum Grundstück, sondern in der Vornahme wirthschaftlicher Akte, durch die es sich für jeden Dritten sichtbar in realer Weise bethätigte.

Eben damit haben wir das Kriterium gewonnen, um die Besitzeingriffe dritter Personen von sonstigen Akten derselben an oder auf dem Grundstück zu unterscheiden. Das bloße Betreten desselben enthält keinen Eingriff in den Besitz, obschon es doch derselbe Akt ist, durch den bei der Tradition der Besitz übergeht, ebenso wenig nach römischem Recht das Jagen auf demselben, wenn es nicht in Jagdgründen geschieht, welche eben die wirthschaftliche Bestimmung der Jagd erhalten haben. Darum wird dem Besitzer in jenem Fall, wenn das Jagen auf Grund seines Verbots nicht unterbleibt, nicht das interdictum uti possidetis, sondern die actio injuriarum gewährt[2]). Die Aneignung des Besitzes an fremden offenliegenden Grundstücken besteht in wirthschaftlichen Akten oder in der Verhinderung des Eigenthümers an Vornahme derselben[3]).

Diese wirthschaftliche Verwendung des Grundstücks war

---

1) Ich habe sie geschildert in meinem Geist des R. R. III, § 43.

2) S. meine Abh. in den Jahrb. B. 23 S. 240 fl. Das genannte Interdikt ist in der Ausdehnung, welche die Theorie und Praxis ihm bei uns auch für derartige Akte gegeben hat, nicht römisch, s. daselbst S. 253 fl.

3) l. 11 de vi (43. 16) qui non sinit possidentem uti arbitrio suo, sive inserendo sive fodiendo sive arando sive quid aedificando.

es auch, welche den Römern in ältester Zeit bei ihrer Bezeichnung des Besitzverhältnisses bei der Ersitzung vorschwebte. Der Ausdruck, mit dem die XII Tafeln den Besitz bei der Ersitzung bezeichneten, war usus, die spätere Sprache hat ihn in usucapio beibehalten. Die Vorstellung, die dem zu Grunde liegt, ist also die: der Eigenthumserwerb erfolgt dadurch, daß der Besitzer sich der Sache bedient, durch uti, d. i. durch fortgesetzte wirthschaftliche Verwendung. Auf das uti wird auch der Quasibesitz bei den Personal- und Prädialservituten abgestellt, es ist der stehende Ausdruck für die für sie bestimmten Interdikte — juris possessio ist usus.

Der Savigny'schen Besitztheorie ist dieser Gesichtspunkt der wirthschaftlichen Bedeutung des Besitzes oder richtiger die Erkenntniß des Einflusses, den er auf die Gestaltung des s. g. corpus beim Besitz ausgeübt hat, gänzlich fremd; ich erinnere mich nicht, bei Savigny auch nur ein einziges Mal dem Wort: wirthschaftlich begegnet zu sein, ebenso wenig bei Allen, die in seine Fußtapfen getreten sind. Für mich ist es bereits das dritte Mal, daß ich von dem Gedanken des Interesses in dieser Schrift Gebrauch mache, und ich halte es für nöthig, hier, wo ich im Begriff stehe, meine Ausführungen über den Besitz abzuschließen, dem Leser die beiden früheren Male in die Erinnerung zurückzurufen, ich setze ihn damit in Stand, sich über die Bedeutung desselben für das Institut des Besitzes schlüssig zu machen.

Das erste Mal geschah es an der Stelle, wo der Besitz zuerst in unsern Gesichtskreis trat, bei Gelegenheit der Abhebung desselben von dem Verhältniß der bloßen räumlichen Nähe der Person zur Sache (No. III). Hier haben wir das Interesse als das Motiv kennen lernen, welches die Person bestimmt, sich zur Sache in dasjenige äußere Verhältniß zu setzen, welches die Sprache als Besitz bezeichnet. Sachen, welche wir nehmen

können und dürfen, nehmen wir nicht in Besitz, wenn sie kein Interesse für uns haben, „das Besitzverhältniß ist, wie ich dort (S. 24) sagte, Constatirung des Interesses der Person an der Sache". Aber dies Interesse erschöpft sich nicht an dem Besitz selber, an dem bloßen Dasein des äußeren Verhältnisses, sondern der Besitz ist nur Mittel zum Zweck, er bezweckt die Ermöglichung, Sicherung der sofortigen oder demnächstigen Verwendung der Sache für das menschliche Bedürfniß (uti, frui, consumere), d. i. der wirthschaftlichen Verwendung (S. 26), und lediglich um dieses wirthschaftlichen Interesses willen schützt das Recht den Besitz.

Aber — und damit berühre ich den zweiten Anlaß, der sich mir darbot, die hohe Bedeutung des Gedankens des Interesses für den Besitz in das richtige Licht zu stellen (S. 465 fl.) — das geschichtliche Verhalten des Rechts zu ihm ist nicht zu allen Zeiten ein und dasselbe gewesen. Stets und zu allen Zeiten ist er es gewesen, dem dasselbe im Besitzinstitut Ausdruck gegeben hat, aber die Art, wie es dies gethan, hat gewechselt. Von der ursprünglichen rein einseitigen Betonung des Interesses des Eigenthümers hat das Recht sich erst allmählich dazu erhoben, auch dem Interesse der ihm im abgeleiteten Besitzverhältniß gegenüberstehenden Person gerecht zu werden. Die geschichtliche Entwicklung des Gegensatzes zwischen Besitz und Detention vergegenwärtigt uns den unausgesetzten Fortschritt des Rechts in der richtigen Würdigung der Interessen dritter Personen, die sich mit denen des Eigenthümers kreuzen, sie schließt ab mit dem Satz, der gleichmäßig nach der positiven wie der negativen Seite die volle Verwirklichung des Gedankens des Interesses im Besitzinstitut enthält: wer nach Absicht des Eigenthümers die Sache für sich haben soll (selbstnütziges Besitzverhältniß), wird geschützt, wer

sie für ihn haben soll (prokuratorisches Besitzverhältniß) nicht (S. 462).

Nach den beiden soeben hervorgehobenen Richtungen hat die Dogmatik des Rechts, wenn sie ihrer Aufgabe mit der bloßen Darstellung des geltenden Rechts glaubt genügen zu können, keinen Anlaß, den Gedanken des Interesses in Bezug zu nehmen, das psychologische Motiv, das den Menschen bei Begründung des Besitzverhältnisses leitet, das legislative Motiv, das den Gesetzgeber bestimmt, demselben seinen Schutz angedeihen zu lassen, und die geschichtliche Entwicklung kümmert sie nicht. Aber nach der im Obigen dargelegten Richtung tritt er auch ihr in einer Weise entgegen, daß sie ihm nicht ausweichen kann, an ihm hängt hier das rein dogmatische Problem der richtigen Begriffsbestimmung des s. g. corpus beim Besitz.

Die Kritik, welcher ich die gangbare Formulirung desselben mittelst des Gesichtspunktes der thatsächlichen Gewalt an den obigen Probefällen (S. 482 fl.) unterworfen habe, wird die Unzulänglichkeit derselben dargethan haben, und wenn die Wissenschaft sich an ihnen nicht einfach vorbeischleichen will, so muß sie Rede und Antwort stehen, welcher andere Gesichtspunkt dafür an die Stelle treten soll. Ich gebe mich der Hoffnung hin, daß, wenn auch nicht so bald, doch dermaleinst die Zeit kommen wird, wo sie sich überzeugt, daß der von mir aufgestellte des wirthschaftlichen Interesses, genauer: derjenigen äußeren Gestaltung des Verhältnisses der Person zur Sache, welche durch den Zweck der wirthschaftlichen Verwendung bedingt wird, der allein zutreffende ist. Mir persönlich war derselbe durch den Grundgedanken, in den sich die ganze Summe meines Wissens und Denkens in meiner spätern Lebensepoche nicht bloß über das Recht, sondern über die ganze sittliche Weltordnung zusammenfaßt: den des Zweckes unabweisbar vorgezeichnet, nicht minder als die beiden andern eben berühr-

ten Verwendungen, die ich von dem Gedanken des Interesses, d. i. des Zweckgedankens in Anwendung auf das Subject (S. 25 Note) für den Besitz gemacht habe. Wer sich dieses Gedankens entschlägt, wird den Besitz nie verstehen, er allein leistet das, was die Rechtslogik sich bisher erfolglos abgemüht hat zu beschaffen: das Verständniß des Besitzinstitutes zu erschließen; dasselbe gilt auch für alle anderen Rechtsinstitute.

Ich kehre zum Entwurf zurück.

Wie immerhin man auch über die Richtigkeit des von mir im Obigen für das corpus aufgestellten Gesichtspunktes des wirthschaftlichen Interesses denken möge, so viel ist jedenfalls negativ sicher, daß der der thatsächlichen Gewalt unhaltbar ist. Als solcher aber gehört er nicht in ein Gesetzbuch. So lange er nichts weiter als eine wissenschaftliche Geltung für die römische Besitztheorie beanspruchte, war er unschädlich, er ließ sich annehmen oder ablehnen, praktisch war die Differenz ohne alle Bedeutung, da er sein Correctiv in den positiven Entscheidungen der Quellen fand. Aber ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn der Gesetzgeber ihn positiv vorschreibt und der Wissenschaft damit den Weg zum eigenen Suchen des richtigen Gesichtspunktes verlegt. Dadurch versetzt er sie wie den Richter in die Lage, ihm entweder den Gehorsam aufzukündigen oder mit dem Gesichtspunkt Wahrheit zu machen und den Besitz in allen denjenigen Fällen in Abrede zu stellen, wo es an der thatsächlichen Gewalt fehlt, und damit Resultate zu erzielen, die er selber unmöglich gewollt haben kann, da sie allen praktischen Anforderungen Hohn sprechen. Man gebe das Gesetzbuch einem Richter in die Hand, der von der romanistischen Besitztheorie nie etwas gehört hat, und die richtige Anwendung eines Gesetzes darf doch nicht durch Kenntniß fremder Rechte oder der darüber aufgestellten Theorieen bedingt sein, es muß aus sich selber begriffen und in Gemäßheit seiner

selbst zur Anwendung gebracht werden können. In all' den vielen Fällen, die ich oben namhaft gemacht habe, wird dieser Richter nicht anders können als die thatsächliche Gewalt verneinen. Ganz dasselbe wird auch der Laie thun, und zwar nicht etwa bloß der gemeine Mann, sondern Jeder ohne Unterschied, weder Bürger und Bauer, noch die Gebildeten werden es verstehen, daß im Sinn des Gesetzbuchs eine thatsächliche Gewalt vorliegen soll, wo die einfache sinnliche Wahrnehmung das Gegentheil ergibt.

Ein Gesetzbuch soll den Richter nicht nöthigen, ihm den Gehorsam aufzukündigen. Der Entwurf hat es gethan, indem er Besitz und Inhabung an das Vorhandensein der thatsächlichen Gewalt über die Sache knüpft. Das Loos, das unserm künftigen Gesetzbuch bevorsteht, wenn es die Fassung des Entwurfs beibehält, kann nicht zweifelhaft sein. Es kann nur darin bestehen, daß die Rechtssprechung sich über den verfehlten Gesichtspunkt hinwegsetzt und Besitz auch da annimmt, wo er den Worten des Gesetzes nach ausgeschlossen sein müßte, und wenn die Wissenschaft, wie ich hoffe, mit der Zeit ebenfalls der Wahrheit die Ehre geben wird, so wird ihr Urtheil nicht anders lauten können als: das Gesetzbuch hat sich von der romanistischen Theorie seiner Zeit nicht frei zu machen verstanden, es hat für den Besitz einen mißlungenen Gesichtspunkt aufgestellt, der dem römischen Recht selber fremd war und nur einer falschen Abstraction der neueren Jurisprudenz seinen Ursprung verdankte.

Der Wille im Besitzverhältniß.

Ich berühre hiermit den allerbedenklichsten Punkt der ganzen Besitztheorie des Entwurfs. Der Gesichtspunkt der thatsächlichen Gewalt hat wenigstens noch eine gewisse Wahrheit, nämlich für alle diejenigen Fälle, wo das wirth-

schaftliche Verhältniß die reale Inhabung der Sache zur Voraussetzung hat (S. 481). Aber der Verwendung, welche der Entwurf von dem Willen im Besitzverhältniß macht, läßt sich selbst dies nicht einmal nachrühmen, sie ist durch und durch verfehlt, nichts als ein gänzlich verunglückter Versuch, die Theorie von animus domini aufrecht zu erhalten, eine rein doctrinäre Idee, die man im Entwurf völlig streichen kann, ohne daß sich praktisch in demselben das Mindeste ändert. Insofern ist die Kritik, der ich dieselbe im Folgenden zu unterwerfen gedenke[1]), ohne praktisches Interesse, nur in einem Punkt scheint die angegebene Theorie wirklich die praktische Gestaltung des Besitzrechts des Entwurfs beeinflußt zu haben, ich werde seiner Zeit darauf zurückkommen. Aber die Kritik des Besitzwillens des Entwurfs kann ich mir gleichwohl nicht ersparen. Ich halte es für meine Pflicht, alles, was an mir ist, zu thun, um unser künftiges Gesetzbuch gegen den Vorwurf zu schützen, unfruchtbaren doctrinären Ideen Aufnahme gewährt zu haben.

Ich constatire zunächst, daß der Unterschied zwischen Besitz und Inhabung durch den Entwurf gänzlich beseitigt ist. Der römische Detentor ist, um es in bisheriger Weise auszudrücken, unter dem Namen Inhaber Besitzer geworden, ohne Unterschied, ob sein Detentionsverhältniß selbstnütziger oder procuratorischer Art ist. Der Inhaber des Entwurfs hat alle Rechte des Besitzers: das Recht der Selbstbehauptung im Besitzverhältniß (§ 815) und die Besitzrechtsmittel (§ 819, 820), und er hat sie selbst gegen denjenigen, für den er die Sache inne

---

1) Die verfehlte Verwendung, welche der Entwurf vom Besitzwillen beim Constitutum possessorium macht, ist schon oben S. 220 fl. besprochen worden, im Folgenden komme ich darauf nicht wieder zurück.

hat [1]): den Besitzherrn, wie ich ihn nenne, und welchen Ausdruck ich im Folgenden beibehalten werde. Das Einzige, was ihm zum Besitzer fehlt, ist der Name, er ist dem Besitzherrn vorbehalten. Warum? Aus keinem andern Grunde, als weil dieser den Willen hat, die Sache als eigene zu haben, er dagegen angeblich nur den Willen, die thatsächliche Gewalt für ihn auszuüben.

Sehen wir uns zunächst einmal die Stellung des Besitzherrn an. Was ist ihm von seinem Besitz geblieben? Nichts als der Name! Sein Besitz ist das nudum jus Quiritium des römischen Eigenthümers, jenes nomen, wie Justinian es in l. un. Cod. de nudo jure (7. 25) bezeichnet, quod nihil ab aenigmate discrepat nec umquam videtur nec in rebus apparet. Es wird ihm gesagt, daß der Inhaber für ihn die thatsächliche Gewalt ausübe, aber er mag sich vorsehen, sich nicht durch das Gesetz irre führen zu lassen! Hat er unmittelbar die thatsächliche Gewalt, so steht ihm gegen Jeden, der seinen Besitz antastet, das Recht der Eigenmacht zu, dasselbe Recht müßte ihm mithin auch zustehen, wenn er mittelbar durch den Inhaber besitzt — denn ob er mittelbar oder unmittelbar besitzt, kann doch, wenn er einmal in beiden Fällen als Besitzer gelten soll, nichts ausmachen. Er müßte demnach auch den Inhaber, der lediglich für ihn die thatsächliche Gewalt ausübt, die Sache für ihn in Verwahrung hat, wenn er sie ihm vorenthält, entsetzen dürfen. Lediglich um dies rechtlich zu ermöglichen, nahmen die Römer in

---

1) Nach § 815 steht das Recht, sich verbotener Eigenmacht „durch Gewalt zu erwehren, dem Inhaber auch gegenüber demjenigen zu, für welchen er die Sache innehat". Damit, daß hier die Gewalt des Besitzherrn gegen ihn als „verbotene Eigenmacht" bezeichnet wird, sind ihm auch gegen den Besitzherrn die lediglich durch die letztere Voraussetzung bedingten Rechtsmittel in § 819, 820 zuerkannt.

der Person des Inhabers Detention an. Das Vertreibungsrecht war von ihnen nicht als eine bloß logische Consequenz der Anschauung der Verschiedenheit des Besitzwillens entnommen — darüber ist schon früher (VII) das Nöthige gesagt — sondern das Vertreibungsrecht war das alleinige praktische Motiv, der Zweck der ganzen Detention. Nach dem Entwurf aber darf der Besitzer den Inhaber nicht entsetzen, er begeht damit „verbotene Eigenmacht" (§ 814), dem Inhaber steht dagegen das Recht der Selbstvertheidigung und im Falle der Erfolglosigkeit der Rechtsschutz zu. Auch nach Beendigung der vertragsmäßig festgesetzten Zeit der Inhabung hat der Besitzer keine Besitzklage, um die Rückgabe der Sache zu erzwingen, er hat sich zu dem Zweck der Contractsklage zu bedienen.

Die Zusicherung, die das Gesetz dem Besitzer ertheilt, daß der Inhaber für ihn die thatsächliche Gewalt ausübe, gestaltet sich demnach zum reinen Hohn. Wenn sonst Jemand etwas für mich hat, so kommt es mir, nicht ihm zu gute, die Inhabung als Besitzverhältniß, d. h. abgesehen von der Folge, welche sie für die Ersitzung haben kann, die uns hier nicht kümmert, kurz die Inhabung als solche kommt lediglich dem Inhaber zu gute.

Also dem Besitzer bleibt vom Besitz nichts als der Name? Doch nicht! Um den Namen zu rechtfertigen, mußte ihm wenigstens irgend etwas zugewandt werden. Der Entwurf hat denn auch dafür gesorgt, daß er sich in der That praktisch als Besitzer geriren, d. h. vor Gericht als Besitzer auftreten darf, indem es ihm für einen ganz besondern Fall die Besitzklage, correct in der Sprache des Entwurfs ausgedrückt: „den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung" zuerkennt.

Die Veranlassung, welche es ihm ermöglichen soll, sich vor Gericht als Besitzer aufzuspielen, ist die gegen den Inhaber von

einer dritten Person gebrauchte Gewalt. Hier sollen ihm nach § 821 dieselben Besitzschutzmittel zustehen wie dem Inhaber, und dasselbe soll von dem früheren Inhaber gelten, der dem gegenwärtigen die Sache vorübergehend eingeräumt hat. Das Einzige, was letzterem ausschließlich vorbehalten ist, ist das Recht zur Abwehr der Gewalt. In der Sprache des römischen Rechts ausgedrückt hätten wir hier also drei Besitzer, zwei davon freilich etwas wunderlicher Art, da ihnen das Recht, den Besitz durch Eigenmacht zu vertheidigen, aberkannt ist, und die Zahl derselben kann sich noch vermehren, wenn der Vorgang der Uebertragung der Inhabung von dem einen Inhaber auf den andern sich mehrfach wiederholt hat; wir wollen uns mit einem Besitzer und vier Inhabern begnügen. Nach bisheriger juristischer Auffassung würden wir darin einen fünffachen Besitz in solidum zu erblicken haben, denn ihr zufolge implicirt die Besitzklage soweit sie nicht etwa bloß cedirt ist, den Besitz. Aber dies soll mich nicht kümmern, ich gebe das Dogma von der angeblichen Unmöglichkeit eines mehrfachen Besitzes in solidum willig preis, sobald mir nur der Nachweis geliefert wird, daß ein mehrfacher Besitz praktisch geboten ist. War er es hier? Das soll mir erst noch nachgewiesen werden. Ist denn E, der gegenwärtige Inhaber, nicht Manns genug, selber sein Interesse wahrzunehmen, wozu sollen neben ihm auch noch A, B, C, D aufrücken? Wenn er selber sich nicht gemüßigt sieht, wegen einer Besitzesstörung, die ohne Folgen für ihn geblieben ist, die ihm in § 820 vorbehaltene Klage auf „Wiederaufhebung" derselben anzustellen, warum dritten Personen, deren Interesse erst recht dadurch nicht berührt worden ist, die Befugniß zugestehen, hier seine Vormünder zu spielen? Und selbst im Fall der Entsetzung, — wozu deren Einmischung ermöglichen? Weil sie ein Interesse an der Wiederherstellung des

bisherigen Zustandes haben? Zugestanden, daß sie es haben, allein ihr Interesse ist praktisch durch das des E vollkommen gedeckt, er selber wird schon thun, was sein Interesse ihm gebietet, und indem er für sich vorgeht, thut er es auch für seine Vormänner. Der Gedanke, sie mit heranzuziehen, ist ein gänzlich ungesunder, er operirt mit der abstracten Möglichkeit, die sich zwar als solche nicht bestreiten läßt, die aber thatsächlich gar nicht zu besorgen steht: daß der Besitzer sein gutes Recht im Stich lasse.

Aber immerhin angenommen, sie wäre wirklich zu besorgen, der A müßte gegen die Gefahr, seinen Besitz durch Nichterhebung der Klage von Seiten des E zu verlieren, gesichert werden, so besteht für ihn noch die ungleich höhere, daß E den Besitz widerrechtlich auf einen Andern überträgt, und gegen diese hat ihn der Einwurf g ä n z l i c h s c h u t z l o s gelassen. Gegen den F, der, wir wollen annehmen, die Sache im guten Glauben und animo domini vom E erworben hat, steht dem A k e i n Besitzrechtsmittel zu, er muß sich der Eigenthumsklage bedienen. Das heißt aber doch nichts anderes, als ihn vor Mückenstichen bewahren und gegen Skorpionenstiche schutzlos lassen.

Aber es sei: der A soll gegen Mückenstiche geschützt werden. Ist es denn darum nöthig, daß der Entwurf ihn zum Besitzer erhebt? Ich mache mich anheischig, den Rechtsschutz, den der Entwurf ihm und allen den bloß mittelbar betheiligten drei Inhabern B, C, D zugedacht hat, auf andere Weise juristisch zu vermitteln, ohne in ihrer Person Besitz oder Inhabung anzunehmen. Die processualische Zulassung derselben in dem Fall, daß E selber die Besitzklage erhebt, läßt sich einfach durch Zuhülfenahme der Nebenintervention (C.P.O. § 63) erzielen. Hier wird das „rechtliche Interesse", das eine andere Person an dem Rechtsstreit des Klägers hat, für die

Nebenintervention als ausreichend anerkannt. A, B, C, D können mithin als Nebenintervenienten auftreten. Für den kaum zu befürchtenden Fall aber, daß E selber keine Klage erhebt, würde sich ihre Klage ohne Annahme des Besitzes in ihrer Person juristisch ebenso rechtfertigen lassen, wie die rei vindicatio utilis, welche das römische Recht in gewissen Fällen dem Nichteigenthümer zugesteht, nämlich mittelst des Gesichtspunktes der Verleihung der Klage ohne das entsprechende Recht, und diesen Weg hat der Entwurf selber für den Besitz eingeschlagen, indem er dem Erben, obschon er in § 2052 den Uebergang des Besitzes kraft Gesetzes auf ihn verneint, gleichwohl in § 2054 dieselben Rechte zuspricht, „wie wenn er mit dem Erbfall Besitzer geworden wäre". Es ist das ganz unser Fall: Zuerkennung der Besitzrechtsmittel ohne Besitz. Wenn der Entwurf in diesem Fall die Substruction der Klage mittelst eines ihr zu Grunde liegenden Rechts (Besitz) nicht für erforderlich gehalten hat, so hätte er sie im obigen ebenso gut umgehen können, ja der Anlaß dazu war noch ein ungleich dringender, denn in jenem Fall ist der Erbe der Einzige, welcher die Klage erheben kann, in unserem steht neben dem Besitzer noch der Inhaber und zwar in erster Linie, und in jenem Fall fehlt demjenigen, dem der Besitz aberkannt wird, praktisch nichts zum Besitz, da ihm im Sinne des Entwurfs auch das Recht der gewaltsamen Wegnahme der Sache zuzuerkennen ist (Motive V S. 533), selbstverständlich wo die Voraussetzungen des § 815 vorliegen[1]), während das-

[1]) Bei beweglichen Sachen sofort nach der That, wozu ein Erbfall nur selten Veranlassung bieten wird, bei unbeweglichen sofort nach erlangter Kenntniß, die bei dem Erben möglicherweise erst längere Zeit nach der That eintreten kann. Ich halte diese Verstattung der Eigenmacht des Erben für legislativ höchst bedenklich, und ich würde rathen in § 2054 statt „die-

selbe dem Besitzer in unserm Fall abgesprochen wird. Der Entwurf verwickelt sich dadurch in den seltsamen Widerspruch, demjenigen, der alle Rechte des Besitzers hat, den Besitz abzuerkennen und ihn denjenigen, der so gut wie nichts davon hat, zuzusprechen.

Wie ist er dazu gekommen?

Ich finde keine andere Antwort, als: durch ein unglückliches Compromiß mit dem römischen Recht und der romanistischen Theorie, bei dem beide nominell aufrecht erhalten, thatsächlich aber aufgegeben werden.

Nach römischem Recht geht der Besitz mit dem Tode unter und auf den Erben mit Antretung der Erbschaft nicht von selbst über, durch die hereditatis petitio und die Fortdauer der Usucapion während der hereditas jacens war diese Lücke in der Rechtsstellung des Erben praktisch ausgefüllt (S. 32). Die römischen Juristen konnten hier demgemäß ihre auf das Dasein von corpus und animus gestellte Besitztheorie vollständig aufrecht erhalten. Der Entwurf dagegen gibt dem Erben statt der hereditatis petitio die Besitzrechtsmittel und spricht

---

selben Rechte" zu setzen „dieselben Rechtsmittel". Man denke sich den Fall, daß bei dem Tode des Erblassers der am Ort anwesende wirkliche oder vermeintliche Intestaterbe sich in Besitz des Nachlasses gesetzt hat, und daß später ein bisher abwesender Erbprätendent erscheint, welcher ihm seine Erbenqualität bestreitet und in ihm den „Dritten" des § 2054 erblickt, „welcher vor dem Erben den Besitz erlangt hat", gegen den ihm also „dieselben Rechte zustehen, wie wenn u. s. w." Jeder sieht hier in dem Andern denjenigen, der eine verbotene Eigenmacht gegen ihn begeht, jeder wird sich also für berechtigt halten, der Gewalt Gewalt entgegenzusetzen. Allerdings denkt der Entwurf sich unter dem Dritten den Nichterben und unter dem Erben den wirklichen Erben, aber bis zu erbrachtem Beweis stehen sich hier nur zwei Personen gegenüber, von denen Niemand weiß, ob sie nicht das Gegentheil von dem sind, was sie behaupten und selber glauben. In seiner gegenwärtigen Fassung entfesselt der Entwurf die nackte Gewalt unter Erbprätendenten.

ihm sogar das Recht der Aneignung des Besitzes durch Eigenmacht zu, thatsächlich hat er ihn damit also zum Besitzer gemacht. Allein die Rechtslogik duldet einmal nicht einen Besitz ohne Besitzer, und ebenso wenig Uebergang desselben ohne Willensakt. Als ob es einen geringeren Verstoß gegen sie enthielte, den Besitz beim Wahnsinnigen fortdauern zu lassen, als während ruhender Erbschaft. Kann denn der Wahnsinnige den Besitz wollen? Juristisch bedeutet derselbe für die Willenstheorie ebenso wenig wie der Erblasser, er ist nichts als eine Strohpuppe, die zum Besitzer erhoben wird. Und als ob, wenn die eine Wirkung des Besitzes: die Usucapion, nicht auch die andere: der Besitzesschutz, d. i. materiell rechtlich ausgedrückt: das Verbot, sich fremde Sachen anzueignen, ebenso gut fortdauern könnte, und als ob nicht schon die römischen Juristen für den Rechtsbesitz gerade dasjenige anerkannt haben, was nach der Rechtslogik angeblich unmöglich sein soll: Fortdauer des Besitzes nach dem Tode und Uebergang auf den Erben (S. 31).

Unser Resultat besteht demnach darin: der Entwurf hat den Lehrsatz des römischen Rechts, daß der Besitz nicht auf den Erben von selbst übergeht, beibehalten, während er ihm die rechtliche Grundlage, auf der er beruhte: Aberkennung der possessorischen Interdikte und des Rechts der Eigenmacht entzogen hat — der Schluß ist beibehalten, die Prämissen, durch die er bedingt war, sind beseitigt.

Denselben Fehler hat der Entwurf in Bezug auf das Verhältniß des Besitzers zum Inhaber begangen. Im römischen Recht hatte es seinen guten Grund, wenn der Besitz dem Besitzherrn zu- und dem Detentor abgesprochen wurde, denn jener hatte als bloß mittelbarer Besitzer praktisch alle Rechte des unmittelbaren, dieser war besitzrechtlich gänzlich schutzlos.

Aber auch dies Verhältniß ist durch den Entwurf gänzlich umgestaltet worden, der römische Detentor ist praktisch zum Besitzer erhoben, es fehlt ihm nichts, als der bloße Name, während der angebliche Besitzer, der ihm gegenüber gestellt wird, nichts als ein reiner Figurant ist, ein Seitenstück zum dominus ex jure Quiritium der Römer. Was dieser auf dem Gebiet des Eigenthums war, ist jener auf dem des Besitzes, er hat nichts als das nudum nomen des Besitzes, das in bonis esse ist auf den Inhaber übertragen.

Auch hier ist wiederum etwas aus dem römischen Recht beibehalten, was zu dem veränderten Recht des Entwurfs in keiner Weise stimmt: die Unterscheidung zweier Arten des Besitzverhältnisses. Warum? Lediglich der doctrinären Idee wegen, daß Jemand nicht besitzen könne, der nicht den Willen habe, die Sache als eigene zu haben. Dieser Idee zu Liebe ist dem Inhaber des Entwurfs der Name des Besitzers aberkannt. Thatsächlich ist er Besitzer geworden, thatsächlich ist der Unterschied des römischen Rechts zwischen Besitz und Detention aufgehoben, die Wirkung, welche sich daran in Rom knüpfte, ist beseitigt, aber der Gegensatz selber: die reine Begriffsfigur, der abstracte logische Rahmen ohne allen und jeden realen Inhalt ist beibehalten worden.

Das Ergebniß, zu dem ich gelange, ist: der Unterschied, den der Entwurf zwischen Besitz und Inhabung macht, ist ein völlig unberechtigter, der Inhaber hat praktisch ganz dieselbe Rechtsstellung wie der Besitzer.

Nun mag die Dialektik des Willensbegriffs immerhin einen Unterschied zwischen seinem Besitzwillen und dem des Besitzers ergeben. Was schadet das ihm? Er hat trotzdem dieselbe Rechtsstellung wie der Besitzer, und das genügt. Die metaphysischen Untersuchungen über den Willen soll das Gesetz

dem Doctrinär überlassen, der daran Gefallen findet, mag er sich den Kopf darüber zerbrechen wie ein Mann, der nicht den Willen hat, die Sache als eigene zu haben, dennoch zum Besitz hat gelangen können.

Im ganzen Entwurf kenne ich keinen Punkt, der so gründlich vergriffen, so durch und durch unwahr und gänzlich ungesund ist, wie die Begriffsbestimmung des Besitzwillens des Inhabers. Ich kann zwar in dieser Beziehung auf meine früheren Ausführungen (S. 308 fl.) Bezug nehmen, aber einige wenige Worte mögen mir hier doch noch verstattet sein.

Bei der Inhabung die Qualifikation des Willens zu betonen, ist zunächst aus dem Grunde verfehlt, weil von dem angeblichen Gegensatz des Besitzwillens von Tausenden auch nicht Einer eine Vorstellung hat. Welcher Laie weiß denn, ob er nach gemeinem Recht Besitz oder Detention, oder nach dem Recht des Entwurfs Besitz oder Inhabung erhält? Das Erforderniß des eigenthümlichen Besitzwillens bei Besitzer und Inhaber kann vom Entwurf unmöglich im Sinne der concreten Subjectivitätstheorie (S. 11) gemeint sein, die praktische Durchführung desselben würde sich beim ersten Versuch als gänzlich unausführbar erweisen (S. 163). Also im Sinne der abstracten Subjectivitätstheorie! Hier stellt sich dasselbe aber als ein gänzlich bedeutungsloses heraus, in Wirklichkeit stattet das Gesetz den Mann mit dem entsprechenden Willen aus, er mag wollen oder nicht, der Pächter, Pfandgläubiger muß den Willen haben, den das Gesetz mit dem Pachtverhältniß verbindet. Wozu eine besondere Art des Willens erfordern, wenn nichts darauf ankommt?

Sodann aber, die Frage in diejenige Region verlegt, in der sie spielt: in die der Begriffsjurisprudenz — ist es denn wahr, daß der typische Pächter oder Pfandgläubiger,

wie der Entwurf sich ihn denkt, die Absicht hat, die thatsächliche Gewalt für den Besitzer auszuüben? Ich erkläre mich geschlagen, wenn unter Millionen zu dieser Kategorie gehörigen Personen auch nur eine einzige dies bejaht. Jede wird erwidern, daß sie die Sache für sich haben wolle, und es gehört die durch die vermeintliche Zwangslage der römischen Besitztheorie herbeigeführte und dem Juristen zur zweiten Natur gewordene Entwöhnung vom gesunden Denken dazu, um zu verkennen, daß der gemeine Mann im Recht, und er selber im Unrecht ist. Allerdings der Dienstmann, dem ich mein Gepäck zum Tragen von oder zu der Eisenbahn übergeben habe, wird antworten, daß er für mich die Sache in Händen habe, aber gerade er oder allgemeiner der prokuratorische Detentor, der Mann also, an dem der Gesichtspunkt der Ausübung der thatsächlichen Gewalt für einen Andern in Wirklichkeit zu Ehren kommen könnte, gerade er ist vom Entwurf keiner Beachtung gewürdigt worden, er ist von ihm mit dem selbstnützigen auf eine und dieselbe Linie gestellt worden (s. u.).

Das Schlimmste von allem aber, dessen sich der Entwurf schuldig gemacht hat, dürfte darin bestehen, daß er selber die Mittel an die Hand gibt, den Gesichtspunkt, den er für die Inhabung aufstellt: den der Ausübung der thatsächlichen Gewalt für den Besitzer, zu widerlegen. In Wirklichkeit hat der Inhaber die thatsächliche Gewalt nicht für den Besitzer, sondern für sich selbst, der Besitzer darf nicht den mindesten Gebrauch von seiner angeblichen Gewalt machen (s. oben). Die Ausübung der thatsächlichen Gewalt für den Besitzer ist ein leeres Wort, ohne alle und jedwede Bedeutung — die begriffliche Construction des Entwurfs endet in leerem Nominalismus.

Ich stelle die Blüthen, die der Nominalismus im Entwurf getrieben hat, zusammen:

1. „Thatsächliche Gewalt", in Fällen, wo auch nicht der leiseste Schein derselben vorliegt,
2. „Besitz", der praktisch nicht Besitz ist,
3. „Inhabung", die praktisch Besitz ist,
4. „Wille, für einen Andern die Sache inne zu haben", der in Wirklichkeit Wille ist, sie für sich zu haben.

Ich berühre im Folgenden einen Punkt, der im Unterschiede von den vorhergehenden von hoher praktischer Erheblichkeit ist. Der Detentor der bisherigen Theorie ist durch den Entwurf schlechthin zum Inhaber d. i. im Sinn des römischen Rechts zum Besitzer erhoben worden. Dem Besitzherrn ist damit das Recht der Anwendung von Eigenmacht gegen ihn ohne Unterschied des unterliegenden Verhältnisses entzogen worden. Sehen wir zu, wohin dies führt.

Eine Herrschaft hat dem Dienstmädchen eine Bodenkammer zum Schlafen eingeräumt und demselben, da sich dort noch andere Bodenkammern befinden, in denen Dienstmädchen anderer Herrschaften untergebracht sind, den Schlüssel zu derselben eingehändigt. Häusliche Verhältnisse machen eine andere Verwendung der Bodenkammer nöthig, und die Herrschaft weist statt derselben dem Dienstmädchen einen Schlafraum im Kellergeschoß an. Dasselbe weigert sich, der Anordnung Folge zu leisten, und gibt den Schlüssel nicht heraus. Darf die Herrschaft ihr denselben mit Gewalt entreißen oder das Schloß an der Bodenkammer durch den Schlosser erbrechen und einen andern Schlüssel anfertigen lassen? Nein! Denn nach § 816 darf derjenige, der abgesonderte Wohnräume innehat, sich mit Gewalt in denselben behaupten. Wenn diese Bestimmung sicherlich auch nur auf den Miether gemünzt ist, so muß dieselbe doch ihrer allgemeinen Fassung nach auch hier zur Anwendung gelangen, da das äußere Verhältniß der Inhabung ganz dasselbe ist wie beim Miether. Das Dienstmädchen

ist mithin vollkommen in seinem Recht, wenn es sich zur Wehr setzt, und es stehen ihm gegen die Herrschaft sogar die in § 819 und 820 vorgesehenen Rechtsmittel auf Untersagung fernerer Störungen oder auf Wiedereinräumung der Inhabung zu.

Der Fall kann noch eine akutere Gestalt annehmen. Die Herrschaft läßt bei ihrer Abreise das Dienstmädchen allein im Hause, nach ihrer Zurückkunft schließt dasselbe ihr die Thür vor der Nase zu. Darf die Herrschaft die Thür durch den Schlosser erbrechen lassen? Ebenfalls Nein! Das Dienstmädchen hat die thatsächliche Gewalt über das Haus, und sie ist dem Entwurf zufolge von Jedem ohne Unterschied zu respektiren.

Welche Gestaltung des häuslichen Verhältnisses! Die Herrschaft der Verfügung über ihre Räume beraubt, rechtlos im eigenen Hause! Daß ein solcher Satz nicht Rechtens werden kann, bedarf keiner Worte. Wie sind die Verfasser des Entwurfs dazu gekommen? Man könnte meinen, sie hätten an den Fall nicht gedacht. Allein diese Annahme wird durch die Motive (III, 110) ausgeschlossen. Hier heißt es folgendermaßen: „Eine Ausnahme zu Gunsten des Besitzers, welchem ein Inhaber ohne eigenes rechtliches Interesse gegenübersteht, wie solche im preußischen Recht (A.L.R. I, 7 § 144. 145) gemacht wird, würde mit der principiellen Auffassung der Rechtsstellung des Inhabers nicht stimmen.“ Principielle Auffassung? Ist es keine principielle Auffassung, wenn das citirte Gesetzbuch zwischen demjenigen, der die Absicht hat, über die Sache für sich selbst zu verfügen („unvollständiger Besitzer“ § 6) und demjenigen, der die Sache im Namen eines Andern besitzt („bloßer Inhaber“ § 144) unterscheidet? Die Principien stehen doch nicht in den Sternen geschrieben, fallen nicht vom Himmel, der Mensch macht sie sich, und wenn zwei legislative Principien sich gegenüber treten, so handelt es sich einfach darum, welches den Vorzug verdient, d. i. welches das

praktisch richtigere ist. Und da kann meines Erachtens in unserm Fall die Antwort nur lauten: das des preußischen Landrechts. Der geniale Schöpfer desselben hat auch in diesem Punkt wiederum seinen richtigen praktischen Blick, die Fähigkeit, sich die Rechtssätze in der vollen Tragweite ihrer Anwendung zu vergegenwärtigen, in glänzendster Weise bewährt. Es war ein eben so gesunder Gedanke von Suarez, den römischen Detentionsbegriff im Verhältniß der selbstnützigen Detention auszuschließen, d. i. dem Detentor den Besitzesschutz zuzuerkennen, wie ihn für das prokuratorische Detentionsverhältniß beizubehalten, d. i. dem Detentor den Besitzesschutz zu versagen. Wer das zeitliche Verhältniß von seinem Werk zu dem der Commission nicht kennen würde, könnte, wenn ihm beide vorgelegt würden, nicht anders als glauben, daß dasselbe das gerade entgegengesetzte sei. Er würde es verstehen, daß man von dem Recht des Entwurfs zu dem des preußischen, nicht aber, daß man von letzterem zu ersterem gekommen sei. Der Entwurf bezeichnet in meinen Augen einen befremdenden Rückschritt gegenüber dem preußischen Landrecht.

Schon das deutsche Recht des Mittelalters vor Eindringen des römischen Rechts hatte hier das Richtige getroffen. Der Knecht hatte in Bezug auf die Sachen des Herrn keine Gewere [1]), ebensowenig derjenige, der das Grundstück nicht für sich benutzte, sondern für einen Andern bewirthschaftete [2]).

Was von Dienstboten, muß natürlich auch von den Kindern im Hause in Bezug auf die ihnen zur Benutzung überlassenen Sachen gelten. So bestimmt es auch das deutsche Recht des Mittelalters [3]), es spricht den Kindern an diesen

---

1) Sachsenspiegel III 6 § 1. Heusler, Gewere, S. 279.

2) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Aufl. 2. B. 2, S. 16.

3) Heusler, Institutionen des deutschen Rechts, B. 2, S. 16.

Sachen die Gewere ab, während es sie ihnen an den ihnen geschenkten Sachen zuerkennt. Der Einfluß, der dem Gegensatz des Habens für sich und für einen Andern auf das Besitzverhältniß zukommt, ist von unsern Altvorderen richtig gewürdigt worden.

Wir haben damit für das deutsche Haus ganz dieselbe Gestaltung des Besitzverhältnisses dargelegt, welche uns das römische vorführt: Kinder, Dienstboten, Sklaven haben an den ihnen von den Eltern, der Herrschaft zum eigenen Gebrauch oder zur wirthschaftlichen Benutzung in deren Interesse überlassenen Sachen keinen Besitz. Und dabei, denke ich, wird es auch unser zukünftiges Gesetzbuch belassen.

Aber nicht bloß das Haus gibt Veranlassung zur Beibehaltung des Detentionsbegriffs im heutigen Recht.

Ich habe einen Fuhrmann angenommen, um Kohlen von der Bahn zu holen. Der Mann ladet einen Theil derselben bei sich ab. Darf ich ihn daran verhindern? Nach römischem, deutschmittelalterlichem und preußischem Recht Ja! nach dem Entwurf Nein! Der Mann hat die thatsächliche Gewalt wie über seinen Wagen, so auch über die auf denselben verladenen Kohlen, und der Umstand, daß er sie für mich ausübt, berechtigt mich nach dem Entwurf nicht zur Eigenmacht, ich muß also das Abladen geduldig mit ansehen; gebrauche ich Gewalt, so hat er das Besitzrechtsmittel des § 820 wegen Besitzstörung.

Ich übergebe einem Dienstmann mein Reisegepäck, um es zum Bahnhof oder um es von dem Bahnhof in den Gasthof zu besorgen, oder ich stelle mein Pferd in einer Dorfschenke ein oder übergebe es dem Knecht zum Halten. Aus irgend welchen nichtigen Gründen, z. B. weil er noch aus früherer Zeit eine Forderung gegen mich zu haben behauptet, weil er mit dem Trinkgeld nicht zufrieden ist, enthält er es mir vor. Darf ich es ihm mit Gewalt entziehen? Dieselbe Antwort.

Diesen Fällen, wo ich dem Inhaber die Sache meinetwegen übergeben hatte, stehen gegenüber diejenigen, wo es seinetwegen geschehen war, ohne daß mir die Befugniß, sie ihm nöthigenfalls mit Gewalt wieder zu entreißen, verständigerweise abgesprochen werden kann. Es sind die der ausdrücklich oder stillschweigend verstatteten vorübergehenden Benutzung.

Es ersucht mich Jemand im Theater um meinen Operngucker, in der Eisenbahn um mein Coursbuch. Niemand wird darüber im Zweifel sein, daß ich, wenn mir die Sache vorenthalten wird, zur Eigenmacht berechtigt bin. Ganz dasselbe muß auch von dem Fall gelten, wenn ich in einem öffentlichen Lokal eine der dort zur beliebigen Benutzung aufgestellten oder aufgelegten Sachen z. B. einen Stuhl oder eine Zeitung zu mir genommen habe, und der Inhaber des Geschäfts aus irgend einem Grunde z. B. weil ich den Platz eines Stammgastes eingenommen habe, oder weil eine neue Zeitung in den Rahmen eingefügt werden soll, sie sich zurück erbittet. Allerdings werden diese Fälle ebensowenig wie die oben aufgeführten kaum je vor den Richter kommen, sie gehören der Jurisprudenz des täglichen Lebens an, wie ich sie nenne, d. h. sie haben lediglich ein didaktisches, kein praktisches Interesse. Aber warum kommen dieselben nicht vor den Richter? Weil auch der gemeine Mann sehr wohl weiß, was hier Rechtens ist. Jeder ist sich bewußt, daß er dem Geber die Sache nicht vorenthalten darf, und daß letzterer in seinem Recht ist, sie ihm nöthigenfalls mit Gewalt zu entreißen. Das heißt aber nichts anders als: auch das Volk kennt den Gegensatz von Besitz und Detention. Allerdings nicht als begrifflichen und unter dem technischen Namen, wohl aber praktisch in Bezug auf die Rechtsfolge, welche sich an ihn knüpft. Kein Laie wird daran zweifeln, daß ihm in allen

bisher angeführten Fällen: gegen das Dienstmädchen, den Fuhrmann, Dienstmann, Knecht, Entleiher im Theater, in der Eisenbahn, den Gast im öffentlichen Lokal die Befugniß zur Eigenmacht zusteht.

Und dieser Gegensatz, der im Volksgefühl völlig lebendig ist — ein Seitenstück zu der Vertrautheit des Volkes mit der wirtschaftlichen Bedeutung des Besitzes (S. 483) — ist dem Entwurf fremd. Sein Begriff der Inhabung ist ein so weiter, daß er auch die sämmtlichen obigen Fälle mit umfaßt. Der äußere Hergang, den er in § 797 für die Begründung der Inhabung vorzeichnet: „Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache", trifft auch bei ihnen zu. Erlangt derjenige, dem die Sache verpfändet, geliehen, zur Aufbewahrung anvertraut wird, dadurch, daß er sie ergreift, die Inhabung, so muß ganz dasselbe auch in den obigen Fällen gelten. Das Moment der Dauer der Inhabung oder eines für sie erforderlichen Rechtsgrundes wird vom Entwurf nicht betont, kann mithin nicht herangezogen werden, um die unbequeme Consequenz, welche sich in Gestalt jener Fälle dem Inhabungsbegriff des Entwurfs entgegenstellt, abzuwehren. Ebensowenig ist dies auf dem Wege zu erreichen, daß man hier ein bloßes und als solches juristisch gänzlich bedeutungsloses Raumverhältniß der Person zur Sache (S. 21 fl.) annimmt. Ergreifen ist ein Willensakt, dadurch verwandelt sich das Raumverhältniß in ein Besitzverhältniß, und diesen Willensakt nimmt die Person auch in den obigen Fällen vor. In welcher Absicht, weiß man nicht, es ist ja möglich, daß derjenige, von dem der Besitzer glaubt annehmen zu dürfen, daß er die Sache bloß in die Hand nimmt, um sie zu besehen, in Wirklichkeit es thut, um sie zu behalten, weil er in ihr die ihm abhanden gekommene eigene wiedererkennt oder sich ein Pfand wegen seiner Forderungen zu verschaffen gedenkt. Der

Akt als solcher gibt darüber keine Auskunft, das thut erst der fernere Verlauf der Sache. Dem Entwurf zufolge soll aber der bloße Akt als solcher: Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache entscheiden. Und ein juristisch gänzlich bedeutungsloser Vorgang ist dieser Akt selbst in den obigen Fällen nicht. Den Stuhl, den ich in dem öffentlichen Lokal eingenommen, die Zeitung, die ich lese, darf mir ein anderer Gast nicht entreißen, nur der Wirth hat als Besitzer das Recht dazu. Auch als Detentor kann ich verlangen, daß mein wenn auch noch so momentanes Besitzverhältniß von jedem Dritten respectirt werde (S. 48), eben dadurch unterscheidet es sich vom bloßen Raumverhältniß zur Sache, an das sich juristisch keine Wirkung knüpft.

Ich glaube als Ergebniß meiner bisherigen Ausführungen den Satz aufstellen zu können: der römische Detentionsbegriff ist legislativ nicht zu entbehren. Das hat der Entwurf, der ihn gänzlich über Bord geworfen hat, meines Erachtens in unwidersprechlicher Weise dargethan. Während er uns auf der einen Seite mit einem Gegensatz innerhalb des Besitzverhältnisses beschenkt, der der praktischen Realität so gut wie entbehrt: dem zwischen Besitz und Inhabung in seinem Sinn, enthält er uns denjenigen vor, den kein Recht der Welt wird entbehren können: den zwischen Besitz und Detention oder Inhabung im bisherigen Sinn. Unser künftiges Gesetzbuch wird diesen doppelten Fehler des Entwurfs wieder gut zu machen haben, die Begriffe Besitz und Inhabung werden in dem bisherigen Sinn beizubehalten sein: Besitz für das rechtlich geschützte, Inhabung für das dem Besitzer gegenüber rechtlich als schutzlos erklärte Besitzverhältniß.

Wo soll das Gesetzbuch die Gränze zwischen Besitz und Inhabung abstecken? Der Beantwortung dieser Frage ist die

folgende Ausführung gewidmet. Ich behalte den Ausdruck Detention bei, um der Gefahr einer Verwechslung des Ausdrucks Inhabung im bisherigen und im Sinn des Entwurfs vorzubeugen, im Gesetzbuch würde derselbe selbstverständlich durch Inhabung zu ersetzen sein.

Ich unterscheide drei Kategorieen des Detentionsverhältnisses.

1. Das häusliche Detentionsverhältniß.

Dasselbe würde Platz greifen bei allen Sachen des Hausherrn, welche er den Hausgenossen zur Benutzung in ihrem oder zur wirthschaftlichen Verwendung in seinem Interesse überlassen hat. Zu den Hausgenossen würden in Bezug auf diese Sachen gehören die Frau, die Kinder, das Gesinde, die Gesellen, die Arbeiter in der Fabrik u. s. w. Die Unabweisbarkeit des Detentionsbegriffs in diesem Verhältniß d. i. das Postulat der Befugniß des Besitzherrn zur Eigenmacht, glaube ich oben (S. 503) zur Genüge dargethan zu haben. Die legislative Formulirung wird keine Schwierigkeiten bieten, der Ausdruck: häusliches Inhabungsverhältniß dürfte für den Richter genügen, um ihm über die Frage, wo er es anzunehmen hat, keinen Zweifel übrig zu lassen.

2. Das prokuratorische Detentionsverhältniß.

Dasselbe greift Platz, wo der Zweck der Hingabe der Sache darin besteht, daß der Empfänger mit derselben etwas für den Geber vornehme. Soweit es von Seiten des Hausherrn an die Hausgenossen geschieht, würde das Verhältniß unter die Kategorie des häuslichen Detentionsverhältnisses fallen, in den Thatbestand des prokuratorischen Detentionsverhältnisses würde mithin das Moment aufzunehmen sein, daß Jemand einer Person, die nicht zu seinen Hausgenossen gehört, eine

Sache zu einem derartigen Zweck übergibt. Beispiele gewähren die oben angeführten Fälle des Knechts, dem ich mein Pferd zum Halten, des Dienstmanns, dem ich meine Reiseeffekten zum Tragen übergebe, des Fuhrmanns, der die Kohlen für mich von der Bahn holen soll. Unter denselben Gesichtspunkt würde auch das Depositum und die locatio conductio operis fallen, bei der eine Sache zur Bearbeitung übergeben wird, z. B. dem Schneider das Tuch zur Anfertigung des Rocks, dem Uhrmacher die Uhr zur Instandsetzung derselben. Daß der Empfänger an der Ausführung des Auftrages, sagen wir: an dem Contract ein eigenes Interesse hat, steht der Annahme des Gesichtspunktes, daß er die Sache für den Geber erhält, nicht im Wege. Auch bei der Sachmiethe hat der Vermiether ein eigenes Interesse an dem Contract, aber die Sache übergibt er dem Miether in dessen Interesse, der Miether soll die Sache benutzen, d. i. für sich haben, die genannten Personen sollen es nicht, was sie damit zu beschaffen haben, kommt dem Geber, nicht ihnen zu gute.

Vom Standpunkte des römischen Obligationenrechts aus würde das Anwendungsgebiet des prokuratorischen Detentionsverhältnisses mit den drei Begriffen: mandatum, depositum, locatio conductio operis abgesteckt sein.

Und in allen Fällen, wo diese Begriffe Platz greifen, sollte dem Besitzer das Recht der eigenmächtigen Wegnahme gegen den Detentor eingeräumt werden? Auch gegen den Advokaten, dem ich meine Beweisdokumente zum Zweck der Proceßführung, dem Bankier, dem ich meine Werthpapiere zur Aufbewahrung dem Schreiber, dem ich mein Manuscript zur Abschrift übergeben habe? Soll mir die Befugniß zustehen, in die Geschäftslokale oder Wohnräume dieser Personen zu dringen, die Registratur zu durchsuchen, Schränke, Schubladen zu erbrechen? Das Rechtsgefühl des Volkes, auf das ich schon zwei Mal

(S. 483 u. 508) Bezug genommen habe, und das, wie wir gesehen, beide Male vollkommen das Richtige getroffen hat, wird gegen eine solche Ausdehnung der Eigenmacht des Besitzers den entschiedensten Protest erheben, Jeder wird sich in seinem Recht glauben, wenn er einen solchen Eindringling einfach vor die Thür setzt. Und meines Erachtens hat der gemeine Mann auch hier wiederum das Richtige getroffen. Aber wie soll der Gesetzgeber diese Fälle der unerlaubten Eigenmacht von denen der erlaubten sondern? Casuistisch? Unmöglich! Meiner Ansicht nach ganz einfach dadurch, daß er der für das prokuratorische Detentionsverhältniß zugelassenen Eigenmacht die Beschränkung hinzufügt: aber nicht mittelst Hausfriedensbruchs. Das mag auch das A.P.L.R. I 7, § 145 vor Augen gehabt haben, wenn es außer der der Rücksicht auf „die öffentliche Ruhe und Sicherheit" entnommenen Beschränkung noch die andere hinzufügt: „Beeinträchtigung des Inhabers in seinen anderweitigen Gerechtsamen".

Das Resultat würde demnach, juristisch ausgedrückt, darin bestehen: der prokuratorische Detentor wird Besitzer, wenn er die ihm übergebene Sache in sein Haus gebracht hat, wir hätten damit den Rechtssatz: Gewahrsam gibt Besitz.

3. Das momentane Detentionsverhältniß[1]).

Dem äußern Akt der Hingabe der Sache kann man es nicht ansehen, ob das Verhältniß ein dauerndes oder bloß momentanes sein soll, und eine ausdrückliche Erklärung darüber wird kaum jemals vorkommen. Aber die Umstände werden

1) In unsern Darstellungen der Besitzlehre wird dasselbe regelmäßig völlig mit Stillschweigen übergangen, kurz berührt ist es von Bekker, Recht des Besitzes bei den Römern S. 162 (1880), zum ersten Mal eingehend erörtert von Piniński, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes B. 2,

es lehren. Wenn mich Jemand im Theater um meinen Operngucker, in der Eisenbahn um mein Coursbuch ersucht, so ist es klar, daß es auf eine sofortige und bloß momentane Benutzung der Sache abgesehen ist, wenn ein Freund von mir ein Buch leiht, so umgekehrt, da er dasselbe nicht sofort lesen kann, sondern es zu dem Zweck mit zu Hause nehmen muß, er muß es nothwendigerweise einige Zeit hindurch behalten. Der Zweck, auf den es die Parteien abgesehen haben, gibt in beiden Fällen über die Dauer des Verhältnisses volle Auskunft. In dem einen Fall sind sie darüber einig, daß die gegebene Sache noch unter Gegenwärtigen benutzt und zurückgegeben werden soll, in dem andern, daß der Empfänger sie zu Hause benutzen, d. i. in seinen Gewahrsam erhalten soll. Gegen jenen würde mir im

---

S. 252—254 (1888). Der Verfasser stellt das Dasein eines Detentionsverhältnisses in Abrede. Aber was sollen wir denn annehmen? Wir haben nur die Wahl zwischen einem bloßen Raumverhältniß der Person zur Sache und einem Besitzverhältniß, ein Drittes gibt es nicht. Die Kriterien, welche ich seiner Zeit (S. 23 fl.) für letzteres aufgestellt habe: das Interesse als Motiv zur Begründung desselben — der auf Befriedigung desselben gerichtete Wille (animus) — Verwirklichung desselben durch Herstellung des äußeren Verhältnisses zur Sache (corpus), liegen auch hier vor. In Frage kann nur kommen, welcher Art das Besitzverhältniß ist, und da bleibt nichts übrig als Detention. Das einzige praktische Interesse, welches sich daran knüpft, ist die Frage nach der Berechtigung des Besitzers zur eigenmächtigen Wegnahme. Die Fälle, welche Bekker a. a. O. ins Auge faßt (wer einen Stein nimmt, um nach den Früchten am Baum zu werfen, einen Stock oder Waffe, um sich zu vertheidigen, eine Leiter, um ins Haus zu steigen), geben dazu keinen Anlaß, in Betracht kommen lediglich diejenigen, auf welche ich meine Casuistik beschränkt habe: Hingabe der Sache oder Ausstellung von Sachen zum Zweck der vorübergehenden Benutzung, und auch für sie dürfte die Frage kaum je praktisch werden. Aber zum Zweck des Nachweises der Unabweisbarkeit des Detentionsbegriffs für unser heutiges Recht und der Unzulänglichkeit des Entwurfs, der ihn gänzlich über Bord geworfen hat, durfte ich auch sie nicht übergehen.

Fall verweigerter Rückgabe Eigenmacht verstattet sein, gegen diesen würde sie, wenn der obige Satz: Gewahrsam gibt Besitz, gesetzliche Geltung erhalten würde, auszuschließen sein.

Die Frage, ob wie im zweiten, so auch im ersten Verhältniß ein Commodat anzunehmen, ist ohne praktisches Interesse. Wäre sie zu bejahen, so müßte dasselbe auch für den Fall gelten, daß ich in einem öffentlichen Lokal mich auf einen Stuhl setze, eine Zeitung in die Hand nehme. Der Wirth hat die stillschweigende Erlaubniß zu dieser Art der Benutzung ertheilt (Commodatsofferte in personam incertam); indem ich davon Gebrauch mache, schließe ich einen Commodatsvertrag ab. Wir würden damit eine unzählige Masse von Commodatsfällen erhalten, ja selbst eine Gesellschaft in einem Privathause würde nicht ohne sie verlaufen können, jeder Gast, der sich auf einen Stuhl setzt, sich der Serviette, Gabel, des Messers, Löffels, Weinglases bedient, würde in die Lage kommen, ein Commodat abzuschließen. Mit demselben Recht könnte man auch die Zuwendung der Speisen und Getränke beim gastlichen Mahle unter den Gesichtspunkt der Schenkung bringen. Vorgänge, die aller praktischen Bedeutung baar sind, soll der Jurist nicht unter seine Rechtsbegriffe bringen, und so auch nicht die obigen Vorgänge unter den Gesichtspunkt des Commodats. Das praktische Interesse der Annahme eines Commodats liegt in einem Doppelten: in der actio commodati auf Rückgabe der Sache und in der Haftung des Commodatars für culpa in non faciendo. Zu beidem bietet das obige Verhältniß gar keinen Anlaß. Die Rückgabe wird nöthigenfalls durch Eigenmacht erzwungen oder im Fall ihrer Erfolglosigkeit durch dieselbe Klage, die im Fall sonstiger Entreißung zusteht, nach römischem Recht die actio ad exhibendum, d. i. die Klage wegen grundloser, frivoler Vorenthaltung. Einer Haftung wegen culpa in non

faciendo bedarf es nicht, da der Geber als Anwesender selber in der Lage ist, das Erforderliche zu thun, und für culpa in faciendo haftet der Empfänger auch ohne Contract nach Grundsätzen der lex Aquilia. Jene Fälle gehören zur Kategorie derjenigen, bei denen zwar der rein logischen Consequenz nach ein bestimmter Rechtsbegriff Platz greift, das praktische Interesse denselben aber, sei es gar nicht erfordert, sei es sich ihm sogar entgegenstellt[1]). Die Commodatsfälle, die ich hier im Auge habe, finden ihre vollkommen befriedigende Erledigung, ohne daß man den Obligationsbegriff heranzuziehen brauchte — ihretwegen hätte das römische Recht nicht nöthig gehabt, die actio commodati aufzustellen.

Auch die Miethe kann auf sehr kurze Zeit abgeschlossen werden. Es miethet Jemand im Theater vom Logenschließer einen Operngucker für die Dauer der Vorstellung, auf dem Eise Schlittschuhe für einen Nachmittag, zum Fahren auf dem Teich oder See einen Kahn auf eine Stunde. Wie verhält es sich mit der Befugniß des Verleihers zur Eigenmacht? Da er die Sache dem Entleiher *für sich* gegeben hat, so ist derselbe wenn auch auf noch so kurze Zeit *Besitzer* geworden, und dem Verleiher muß die Befugniß zur eigenmächtigen Weg-

---

1) In Bezug auf Eigenthum und Besitz habe ich dies nachgewiesen in meiner Abh. über den Rechtsschutz gegen frivole Rechtsverletzungen in meinen Jahrbüchern B. 23, S. 238, 240. Besitz und Eigenthum finden praktisch ihre Grenze am *Interesse* — wo das Interesse aufhört, mag immerhin der *Begriff* sein Spiel weiter treiben und z. B. das Eigenthum bis in den Mittelpunkt der Erde und in ungemessene Höhen erstrecken, das Recht, welches sich durch den Gesichtspunkt des praktischen Interesses leiten zu lassen hat, folgt ihm dahin nicht. Es ist das die Region der *Transscendentaljurisprudenz*, die mit der Transscendentalphilosophie das Merkmal theilt, daß, wie letztere über die sinnliche Erfahrung, so sie über die reale Welt des Rechts hinausgeht (S. 242 daselbst). Dasselbe, was von Besitz und Eigenthum, gilt, wie sich aus dem Obigen ergibt, auch von der Obligation.

nahme während der vertragsmäßig vereinbarten Zeit aberkannt werden. Ganz dasselbe würde auch in Bezug auf die Miethe eines Zimmers im Gasthof zu gelten haben; der Gastwirth hat die stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarte Zeit innezuhalten. Stillschweigend ist dem Gast durch seine Aufnahme mindestens ein Tag zugesichert, der Gastwirth darf also über das ihm einmal zugewiesene Zimmer nicht anderweitig verfügen, der Gast ist in seinem Recht, wenn er sich dem widersetzt, der Gastwirth würde verbotene Eigenmacht begehen, wenn er dessen Sachen in ein anderes Zimmer bringen ließe. Sein Hausrecht ist für die Dauer des Tages oder bei der Miethe auf mehrere Tage für diese Zeit durch ihn selber mittelst Abschluß des Contracts außer Kraft gesetzt worden.

Allein wie nach Ablauf der Zeit? Beim Gastwirth macht die Sache keine Schwierigkeit, sein Hausrecht tritt wiederum in Geltung, das Verhältniß zu dem Fremden, der wider dessen Willen in dem Zimmer bleibt, ist kein anderes als das der Herrschaft zu dem Dienstmädchen, welches das Schlafgemach nicht räumen will. Aber wie bei dem Vermiether des Operngucker, der Schlittschuhe, des Kahns? Offenbar muß auch ihm die Befugniß zur Eigenmacht zugestanden werden, sonst könnte sich ja der Entleiher, eine ihm vielleicht gänzlich unbekannte Person, mit der Sache aus dem Staube machen, und er hätte das Nachsehen. Aber diese Befugniß läßt sich deduciren, ohne daß wir genöthigt sind, zu dem Zweck zu der wenig anmuthenden Idee einer Verwandlung des bisherigen Besitzes des Entleihers in Detention unsere Zuflucht zu nehmen. Sie ergibt sich aus dem Recht des Forderungsberechtigten in Nothstandsfällen, das nach dem Vorgange der gemeinrechtlichen Theorie, welche dafür auf l. 10 § 16 quae in fr. cred. (42. 8) Bezug nimmt, von dem Entwurf in § 189 ausdrücklich anerkannt worden ist: „Selbsthülfe mittelst Wegnahme . . . von

Sachen ist erlaubt, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und der Berechtigte ohne sofortiges Eingreifen Gefahr läuft, daß die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde." Ganz dasselbe Recht steht auch dem Gastwirth gegen den Gast zu, der sich ohne Zahlung entfernen will, in Bezug auf dessen eigene Sachen, der Besitz braucht also nicht herangezogen zu werden, um dasselbe zu rechtfertigen.

So liegt mithin keine Nöthigung vor, das momentane Miethverhältniß zum Zweck der Rechtfertigung der Eigenmacht unter die Kategorie des momentanen Detentionsverhältnisses zu bringen. Der Gesichtspunkt, daß derjenige, der die Sache für sich erhält, an derselben Besitz bekommt, läßt sich auch hier vollkommen aufrecht erhalten, ohne daß dies der praktisch gebotenen Rechtsstellung des Vermiethers den mindesten Eintrag thäte.

Aber auch in den obigen Fällen der unentgeltlichen Ueberlassung der Sache erhält der Empfänger dieselbe für sich. Gewiß! Aber wie erhält er sie? Nicht mit der vertragsmäßig vereinbarten Dauer einer bestimmten, wenn auch noch so kurzen, Nutzungszeit, wie bei der Miethe, nicht in Form eines Contracts, wie bei dem mit Hingabe in die Gewahrsam verbundenen Commodat, wodurch er, wie verpflichtet, so auch berechtigt d. i. der Commodant an die Innehaltung der zum Zweck der Benutzung erforderlichen Zeit gebunden wird (l. 17 § 3 Commod. 13. 6), sondern in Form eines Vorganges, der beiderseits keine obligatorischen Wirkungen erzeugt, sich völlig innerhalb der Gränzen eines juristisch bedeutungslosen Gefälligkeitsaktes des geselligen Lebens hält. Der Gegensatz zwischen beiden Verhältnissen wird von dem Juristen in der angegebenen Stelle mit den Worten officium und negotium deutlich hervorgehoben, und derselbe

wiederholt sich im römischen Recht auch beim Auftrag. Ein Auftrag kann in doppelter Weise gemeint sein: als reine Gefälligkeit ohne alle rechtsverbindliche Wirkung, als Akt des geselligen Lebens (römisch officium), und als Rechtsakt (römisch negotium). Ganz dasselbe gilt auch für die unbeauftragte Geschäftsführung [1]).

Damit ist der Gesichtspunkt gewonnen, um das momentane Detentionsverhältniß begrifflich festzustellen. Das Kriterium desselben ist ein doppeltes. Einmal das Moment der Unentgeltlichkeit. Dadurch hebt es sich vom momentanen Miethsverhältniß ab. Und sodann das der sofortigen Consumtion unter Anwesenden. Dadurch hebt es sich von dem Commodat im Rechtssinn ab. Ersuche ich einen Freund, mir sein Coursbuch oder seinen Operngucker mit auf die Reise zu geben, den Wirth, mir zu einer großen Gesellschaft Stühle zu leihen oder mir zu verstatten, ein Zeitungsblatt mit zu Hause zu nehmen, so schließe ich ein Commodat im Rechtssinn ab, und ich erhalte an der Sache dem Obigen nach Besitz, d. h. die Eigenmacht des Commodanten ist ausgeschlossen. Ersuche ich Jemanden im Theater um den Operngucker, in der Eisenbahn um sein Coursbuch, bediene ich mich der im Gastzimmer aufgestellten Stühle, aufgelegten Zeitungsblätter, so ist das kein Commodat im Rechtssinn, sondern ein rechtlich indifferenter Akt des geselligen Lebens, und ich erhalte nicht Besitz, sondern bloß Detention, d. h. dem Geber steht die Befugniß zur eigenmächtigen Wegnahme der gegebenen Sache zu.

Die bisherige Ausführung hatte zum Zweck, dem Besitzer

---

1) Für den Auftrag s. l. 10 § 7 Mand. (17. 1) . . . non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit. l. 42 de neg. gest. (3. 5) . . rogatu — duntaxat admonitus im Gegensatz zu quasi mandatu. Für die unbeauftragte Geschäftsführung s. L. 44 ibid. . . amicitia ductus paterna . . . nullam habet actionem.

ein Recht wieder zu verschaffen, welches das römische Recht ihm zuerkannt, und dem es nur eine zu weite Ausdehnung gegeben hatte, während der Entwurf es ihm gänzlich aberkannt hat: das der Eigenmacht. Ich glaube aber in meinen Vorschlägen noch weiter gehen zu sollen. Sie bezwecken, die Rechtsstellung des Besitzers gegenüber derjenigen, welche der Entwurf ihm zugedacht hat, auch in Bezug auf die Rechtsmittel zu vervollständigen.

Der Entwurf beschränkt sie auf zwei Klagen, oder, wie er sich ausdrückt, „Ansprüche": den Anspruch „auf Wiedereinräumung der Inhabung" (§ 819) und „auf Wiederaufhebung der Störung" (§ 820). Des Ausdruckes „Besitzklage" bedient er sich (§ 822) nur für den Fall, daß auf Grund dieser Ansprüche Klage erhoben wird, also nur im processualischen, nicht, wie der Jurist es bisher gewohnt war, auch im materiellrechtlichen Sinn. In sachlicher Beziehung finde ich gegen diese beiden Ansprüche nichts einzuwenden, wohl aber in sprachlicher.

Zunächst darf ich nicht verhehlen, daß es einen seltsamen Eindruck macht, wenn der Entwurf, der sonst in sprachlichen Dingen eine so peinliche Genauigkeit beachtet und nicht müde wird, den Gegensatz von Besitzer und Inhaber unausgesetzt zu wiederholen[1]), bei dieser Gelegenheit aus der Rolle fällt. Er geräth sprachlich mit sich selber in Widerspruch. Dem „In-

1) Nicht bloß beim Besitz, sondern auch beim Eigenthum s. § 929, 930, 932, 933, 935, 936 (hier sogar zwei Mal), § 938 (ebenfalls), § 942, 943. Warum hat der Entwurf nicht an irgend einer Stelle die Bemerkung gemacht: was vom Besitzer, gilt auch vom Inhaber, soweit nicht das Gegentheil ausdrücklich gesagt ist? Wozu diese ermüdende Breite, die an kaufmännische Firmen erinnert: Besitzer und Inhaber — Sauerbier und Abendroth? Das vom Entwurf in die Welt gesetzte Dioskurenpaar gehört in meinen Augen sachlich wie sprachlich zu seinen mißlungensten Schö-

haber" wird in § 822 die „Besitzklage" zugesprochen, dem „Besitzer" in § 819, 820 der Anspruch auf Wiederaufhebung und Wiedereinräumung der Inhabung, d. h. bei der Besitzklage spielt sich der Inhaber sprachlich als Besitzer, bei den beiden letzten Ansprüchen der Besitzer sprachlich als Inhaber auf.

Ungleich bedenklicher aber ist es, wenn der Entwurf den bisher von der Wissenschaft angenommenen Ausdruck Klage mit Anspruch vertauscht. Ich meinerseits würde mir, wenn ich noch Aussicht hätte, das zum Gesetz erhobene Recht des Entwurfs vorzutragen, den Ausdruck Klage nie nehmen lassen. Und zwar aus folgendem Grunde. Eine Klage kann auf mehrere einzelne Punkte gerichtet sein, zur Bezeichnung der letzteren aber finde ich keinen anderen Ausdruck als Anspruch, zum Zweck der Zusammenfassung aller der einzelnen Ansprüche zur Einheit der Vorstellung keinen andern als Klage. Das Miteigenthumsverhältniß kann bekanntlich eine Quelle mannigfaltigster Ansprüche sein. Wenn nun der Entwurf in § 951 die Theilungsklage mit dem Namen „Eigenthumsanspruch des Miteigenthümers" vertauscht, welcher Ausdruck bleibt mir übrig, um im Gegensatz des Complexes der sämmtlichen Ansprüche d. i. der Klage in bisheriger Sprachweise die einzelnen Asprüche zu bezeichnen? Ganz dasselbe trifft für die Bezeichnung der Eigenthumsklage in § 929 zu: „Anspruch des Eigenthümers gegen den Besitzer auf Herausgabe der Sache." Schon allein wegen dieser breiten Fassung hat sie keine Aussicht auf Annahme weder von Seiten der Wissen-

---

pfungen. In den juristischen Sprachgebrauch wird seine Doppelbezeichnung schwerlich je übergehen, derselbe wird, auch wenn der Entwnrf in seiner jetzigen Gestalt Gesetzeskraft erhalten sollte, sich kurz des Ausdrucks Besitzer bedienen, des Ausdrucks Inhaber bloß da, wo für ihn etwas Besonderes bestimmt ist.

schaft, noch der Praxis, beide bedürfen knapper Bezeichnungen. Aber welchen Ausdrucks soll ich mich bedienen, wenn ich die einzelnen Punkte bezeichnen will, auf welche „der Anspruch des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache" gerichtet sein kann? Darauf gibt der Entwurf in § 945 selber Antwort: „Die Vorschriften der § 929 bis 944 über die dem Eigenthümer zustehenden Ansprüche finden u. s. w." Also doppelte Bedeutung desselben Ausdrucks: der Anspruch = reivindicatio (d. i. Anspruch im processualischen Sinn) und die Ansprüche = die einzelnen Punkte, auf die der Anspruch gerichtet werden kann (Anspruch im materiellen Sinn). Wie nun, wenn es mir daran liegt, beide zu unterscheiden? In bisheriger Sprachweise stand mir dafür der Ausdruck reivindicatio oder Eigenthumsklage zu Gebote, er ermöglichte es mir, den Gegensatz ebenso kurz wie anschaulich mit einem Wort zu bezeichnen. Welches Aufwandes von Worten bedarf es, um dies in der Sprache des Entwurfes zu thun. Ich will z. B. sagen: die Eigenthumsklage kann auch auf Herausgabe der Früchte gerichtet werden. Hier muß ich, wenn ich mich correct ausdrücken will, sagen: der Anspruch auf Herausgabe der Verwendungen (§ 931) bildet einen Bestandtheil des Anspruchs des Eigenthümers auf Herausgabe der Sache. Oder ich will die verschiedenen Klagen des Eigenthümers (reivindicatio, actio negatoria, finium regundorum u. s. w.), in der Sprache des Entwurfs ausdrücken. Wer weiß, wenn ich hier Klage durch Anspruch wiedergebe, in welchem Sinn derselbe gemeint ist, ob im processualischen oder materiellrechtlichen? Es bedarf also erst eines Zusatzes, um ihm die nöthige Bestimmtheit zu geben. Dessen aber bedarf es bei dem bisher üblichen Ausdruck Klage, obschon auch er denselben Doppelsinn hat, nicht, ich habe noch nie gefunden, daß derselbe eine Unklarheit veranlaßt hätte. Wozu also einen feststehenden

Sprachgebrauch der Wissenschaft, der sich bewährt hat, — und er ist bekanntlich auch der der römischen Juristen, die den Ausdruck actio in demselben Doppelsinn gebrauchen — wozu also diesen Sprachgebrauch ohne Noth antasten? Enthielte die sprachliche Aenderung, welche der Entwurf hier vorgenommen, eine Verbesserung, böte er uns statt eines doppelsinnigen Ausdrucks zwei besondere, die zweitausendjährige Geltung des bisherigen Sprachgebrauchs, obschon sie doch immerhin eine gewisse autoritative Kraft für ihn in die Wagschaale wirft, allein würde mich nicht bestimmen, ihr entgegenzutreten. Statt einer Verbesserung aber enthält sie eine Verschlechterung, und ihre Aussicht auf Eingang bei der Wissenschaft und Praxis dürfte eine sehr geringe sein. Sprachliche Mißgriffe eines Gesetzbuches haben ebensowenig Aussicht auf Annahme von Seiten der Jurisprudenz, wie verfehlte Constructionen desselben — der „Anspruch" des Entwurfs wird schwerlich ein anderes Schicksal zu gewärtigen haben, als sein „Besitzer und Inhaber" und der „Wille, die Sache als die seinige zu haben". Die Wissenschaft wird sich an den Uebergriff, den der Gesetzgeber in ihr Gebiet vorgenommen hat, nicht kehren.

Sehen wir uns jetzt die sprachliche Bezeichnung der beiden Ansprüche an, welche der Entwurf dem Besitzer und Inhaber zugesteht.

Die technische Bezeichnung für den einen, deren sich der Jurist, wenn er sich correct ausdrücken wollte, in Zukunft für ihn bedienen müßte, ist „Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung". Der gemeine Mann würde statt dessen einfach sagen: auf Herausgabe der Sache, und wenn nicht zwingende Gründe die Vertauschung dieser vulgären und sinnlich anschaulichen Bezeichnungsweise mit der abstracten unsinnlichen des Juristen nöthig machen, so gebe ich jener den Vorzug. Und dieser Bezeichnungsweise hat der Entwurf selber in

§ 929 sich bei der Eigenthumsklage bedient. Hier heißt es nicht: Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung, sondern auf Herausgabe der Sache. Warum hier die sinnliche, dort die abstracte Bezeichnungsweise? Der äußere Hergang ist in beiden Fällen ganz derselbe: der Beklagte gibt die Sache heraus. Bedurfte es bei der Eigenthumsklage keiner Belehrung über die juristische Wirkung des Aktes, warum bei der Besitzklage? Entweder war sie in beiden Fällen nöthig oder in beiden überflüssig. Und letzteres dürfte wohl nicht zweifelhaft sein. Zu welch' unfruchtbarem Grübeln kann diese Ungleichmäßigkeit der Bezeichnung dem richtigen Begriffsjuristen Veranlassung geben, er wird es sich nicht nehmen lassen, daß der Entwurf darin etwas „eingeheimnißt" hat. Ein künftiger Examinator kann auf die Frage über den Unterschied beider Ansprüche im Entwurf von dem Kandidaten die Antwort gewärtigen: jene gehe auf Wiedereinräumung der Inhabung, diese auf Herausgabe der Sache. Auf die weitere Frage: wie sich denn beides unterscheide, dürfte er entweder gar keine Antwort erhalten oder die folgende: darüber ertheile das Gesetzbuch keine Auskunft, und er, der Kandidat, habe trotz allen Nachdenkens den Unterschied nicht zu finden vermocht, aber irgend etwas müßten sich die Verfasser desselben doch bei den verschiedenen Wendungen gedacht haben.

Auch die Bezeichnung des zweiten Anspruchs: „Wiederaufhebung der Störung" ist kein Muster sprachlicher Fassung. Ein Akt läßt sich nicht wieder aufheben, er geht mit dem Moment seiner Vornahme vorüber. Wieder aufheben läßt sich der Sprache zufolge nur etwas, was Dauer hat, ein bestehender Zustand, sei es ein thatsächlicher oder ein rechtlicher. Nun kann zwar auch eine Störung des Besitzstandes dauernder Art sein — Beispiel: mein Nachbar hat Baumaterial auf meinem Grundstück abgeladen, mir den Zu-

gang zu meiner Scheune versperrt — aber sie braucht es nicht, und der Entwurf selber faßt diesen Fall ins Auge, indem er von „weiteren Störungen" d. i. von einzelnen Akten spricht (§ 820). In diesem Fall aber lassen sich nicht die Störungen als solche, sondern nur deren Folgen aufheben. Das meint der Entwurf, aber sprachlich kann man den Ausdruck einmal nicht in diesem Sinn verwenden, ich habe noch nie von einer Wiederaufhebung einer Ohrfeige, Körper- oder Sachbeschädigung oder der culpa, mora, des dolus sprechen hören. Die lateinische Sprache besaß einen Ausdruck, der Beides: Wiederaufhebung des Zustandes und ökonomische Ausgleichung der Folgen des Aktes, umfaßte: restituere, aber unsere deutsche Sprache kennt einen solchen nicht, die Ausdrücke, an die man denken könnte: wiederaufheben, entfernen, beseitigen, haben sämmtlich einen bestehenden Zustand zur Voraussetzung.

Mit welchem Namen aber soll man dann den Anspruch bezeichnen?

Ich meine, statt des Zweckes des Anspruchs sollte der Grund desselben namhaft gemacht werden: Anspruch wegen Störung. Und dementsprechend auch statt: Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung: Anspruch wegen Besitzentziehung. Wenn der Entwurf davor nicht zurückgeschreckt ist, die Klage, welche der Inhaber erhebt, als Besitzklage zu bezeichnen, so kann er auch hier den Ausdruck in demselben von seinem Standpunkt aus nicht correkten Sinn verwenden. Beide Bezeichnungsweisen: nach Grund und Zweck stehen dem Gesetzgeber zur freien Wahl. Das römische Recht betont bald den Zweck, so besonders bei den Klagen des Sachenrechts: reivindicatio, hereditatis petitio, actio negatoria, confessoria, finium regundorum, communi dividundo, familiae erciscundae, pluviae arcendae, interdictum de arboribus caedendis, interdicta adipiscendae, retinendae, recupe-

randae possessionis, bald den Grund: die Thatsache, wodurch der Anspruch begründet worden ist, so bei sämmtlichen Contractsklagen, mit Ausnahme der condictio certi beim mutuum, den Contract: actio emti venditi, locati conducti, mandati, depositi u. s. w., bei sämmtlichen Delictsklagen, mit Ausnahme der actio legis Aquiliae, das Delict: actio furti, vi bonornm raptorum, injuriarum, de dolo, interdictum unde vi, quod vi aut clam factum est.

Ein Bedürfniß, im Namen der Klage den Zweck hervorzuheben, liegt nicht vor. Kann sie durch Nennung des Grundes kürzer und prägnanter individualisirt werden, so verdient diese Bezeichnungsweise den Vorzug. Dies dürfte in unserem Fall zutreffen. „Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung" ist schleppend und sprachlich incorrect, „Anspruch wegen Störung" kurz, sprachlich correct und völlig deutlich.

Soweit meine sprachlichen Ausstellungen. Ich wende mich nunmehr der sachlichen Kritik der beiden Ansprüche des Entwurfs zu.

Durch die Veränderung, welche der Entwurf mit der bisherigen Besitztheorie vorgenommen hat, indem er dem Inhaber die Besitzrechtsmittel zu- und sie damit dem Besitzer ihm gegenüber abspricht, ist in der Rechtsstellung des letzteren eine empfindliche Lücke hervorgerufen. Derselbe kann die Rückgabe der Sache nur mittelst der Contractsklage erzwingen. Nach römischen Recht stand ihm zu dem Zwecke bei unbeweglichen Sachen das interdictum uti possidetis, bei beweglichen das utrubi zu Gebote, welche beide vor der Contractsklage einen doppelten Vortheil voraushatten: den der Ausschließung der petitorischen Einreden und den eines Strafverfahrens (cum periculo agere). Angesichts der Gefahr, welche letzteres dem Beklagten in Aussicht stellte, konnte der Kläger sofortiger Räumung gewiß sein, in alter Zeit schlechthin, seit Marcellus und Antoninus Pius (S. 437

u. 445) wenigstens dann, wenn dem Beklagten ein gerechtfertigter Grund zur Vorenthaltung der Sache nicht zur Seite stand. Die beiden Rechtsmittel glichen der Wechselklage in ihrer ehemaligen Gestalt vor Aufhebung der Wechselhaft, sie erforderten sofortige Erfüllung, wenn der Beklagte sich nicht den empfindlichsten Nachtheilen aussetzen wollte. Die Präsentation des vom Prätor dem Besitzer ausgestellten Interdicts an den Detentor oder injustus possessor stand auf einer Linie mit der eines fälligen Wechsels von Seiten des Inhabers an den Wechselschuldner. Die juristische Natur beider Interdicte läßt sich mittelst des einen Wortes wiedergeben: sachenrechtlicher Wechsel. Wie beim Wechsel: sofortige Erfüllung bei Gewärtigung höchst bedrohlicher Nachtheile im Fall des Gegentheils.

In meinen Augen war dieser Gedanke des römischen Rechts ein höchst gesunder, und ich bin der Meinung, daß wir ihn uns nicht entgehen lassen sollten. Allerdings die Ausdehnung, welche das altrömische Recht ihm gegeben hatte, war eine verfehlte, sie überschritt die richtigen Gränzen, worüber im Früheren bereits das Nöthige gesagt ist, allein innerhalb der richtigen Gränzen halte ich den Gedanken für einen legislativ höchst beachtenswerthen.

Die Pacht- oder Miethzeit ist abgelaufen, ein neuer Pächter oder Miether soll einziehen, der bisherige weicht nicht. Daß hier für das Recht die dringendste Aufforderung vorliegt, schleunige Hülfe zu gewähren, liegt auf der Hand. Zieht der bisherige Miether nicht aus, so mag der neue seine Sachen auf der Straße abladen oder seinerseits ebenfalls in der Wohnung bleiben, was dann wiederum seinen Nachfolger in dieselbe Lage versetzt, und so weiter fort bis zum letzten Hintermann. Es tritt hier Stockung der empfindlichsten Art in der ganzen Umzugsbewegung ein, der Eine wartet auf

den Andern, der Erste bringt dadurch, daß er nicht weicht, die ganze Colonne der Hintermänner zum Stillstand. Es sind nicht bloß die Interessen der Miether, die hier auf dem Spiele stehen, sondern auch die der Vermiether, da sie ihren Miethern dafür einzustehen haben, daß die Wohnung am bestimmten Termin frei ist.

Auch bei beweglichen Sachen kann die ungesäumte Herausgabe von äußerster Wichtigkeit sein, man denke z. B. an den Fall, daß Jemand bei seiner Abreise seine Werthpapiere oder versiegeltes Geld einem Anderen zur Aufbewahrung übergeben hat, dessen er bei seiner Rückkunft sofort bedarf, und das ihm von diesem aus irgend welchen Gründen, z. B. wegen Gegenforderungen, vorenthalten wird. An der ungesäumten Zurückgabe kann sein ganzer Kredit hängen. Das römische Recht hat dies richtig gewürdigt, indem es der actio depositi gegenüber die Retentions- und Compensationseinrede ausschließt (l. 11 Cod. Dep. 4, 32: .. quam celerrime sine aliquo obstaculo restituantur).

Ich lasse es vorläufig dahingestellt, ob es sich legislativ empfehlen würde, den im Folgenden von mir in Vorschlag gebrachten Besitzschutz gleichmäßig bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen eintreten zu lassen, ich halte mich zunächst an das praktisch jedenfalls wichtigste Verhältniß: die Wohnungsmiethe.

Unstreitig liegt hier für den Gesetzgeber die dringendste Aufforderung vor, dem Bedürfniß nach schleuniger Rechtshülfe gerecht zu werden. Die Voraussetzung, an welche er sie zu knüpfen hat, kann nicht zweifelhaft sein: die Liquidität des klägerischen Anspruchs. Es muß nicht dem geringsten Zweifel ausgesetzt sein, daß der Vermiether berechtigt ist, die Räumung an diesem bestimmten Tage zu verlangen. Diesen Beweis hätte er zu erbringen durch Vorlegung des schriftlich abgeschlossenen

Miethcontracts, wenn derselbe auf bestimmte Zeit, oder wenn derselbe auf vorherige Kündigung abgeschlossen, durch Beifügung des notariell beglaubigten Kündigungsdokuments, und zwar müßten diese Dokumente seinem Antrage auf Erlaß des richterlichen Räumungsbefehles beigelegt werden. Der Schrift würde hier dieselbe Bedeutung zukommen, wie beim Wechsel, die eines formellen Erfordernisses der Klage. Gegenüber dem durch sie erbrachten Beweis des Räumungstermins würde dem Beklagten nur der ebenfalls mittelst Schrift zu erbringende Nachweis einer vertragsmäßig vereinbarten Hinausschiebung desselben offen stehn, nicht aber die Berufung auf mündliche Vereinbarungen. Damit würde der ganze Erfolg des Rechtsmittels vereitelt sein. Der Richter würde das Rechtsverhältniß ausschließlich nach Maßgabe der Schrift zu beurtheilen haben.

Allerdings würde dadurch dem Beklagten die Geltendmachung seiner Verwendungsansprüche in Form der Einrede abgeschnitten, er würde damit auf den Weg der Klage zu verweisen sein. Seinem gerechtfertigten Anspruch auf Sicherstellung wegen derselben könnte durch richterliche Auflage der Bestellung einer Caution entsprochen werden, oder, um jedem dadurch bewirkten Aufschub zu begegnen, durch sofortige Hinterlegung einer entweder vom Richter individuell zu bestimmenden oder ein für alle Male gesetzlich festgestellten Quote des Miethzinses bei Einreichung seines Gesuchs. Ob nicht für gewisse Fälle, z. B. lebensgefährliche Krankheit des Miethers oder eines der Seinigen, eine Leiche über der Erde, im Interesse der Menschlichkeit oder des sittlichen Gefühls eine Ausnahme an dem Grundsatz der sofortigen Räumung zu machen sei, wie dies von manchen Rechten bereits geschehen ist, wird Sache der legislativen Erwägung sein.

Zum Zwecke der Verwirklichung des richterlichen Räumungs-

verbots würden sich zwei Mittel darbieten: Androhung einer jedenfalls erheblich zu bemessenden Geldstrafe und Vollziehung desselben durch vom Gerichtsvollzieher zu treffende Maßregeln.

Bei beweglichen Sachen würde der zweite Weg vielfach ausgeschlossen sein, da man regelmäßig nicht weiß, ob und wo sie sich im Gewahrsam des Beklagten befinden, und auch die Herstellung der Liquidität mittelst Schrift bei ihnen nur selten möglich sein würde. Ob sich aber und unter welchen Voraussetzungen nicht auch für sie die richterliche Auflage sofortiger Herausgabe unter Androhung einer Strafe im Ungehorsamsfall anempfehlen würde, darüber wage ich nicht abzuurtheilen. Im Miethsverhältniß dürfte aber jedenfails die schleunige Rechtshülfe unabweisbar sein. Dasselbe was für dieses, müßte selbstverständlich auch bei der Pacht Platz greifen.

Der von mir oben für das römische Besitzinterdikt aufgestellte Gesichtspunkt eines sachenrechtlichen Wechsels würde für das von mir in Vorschlag gebrachte Rechtsmittel durch die Rolle, welche ich der Schrift dabei zugedacht habe, gesteigerte Wahrheit erhalten, in dem Besitzwechsel, wie ich ihn kurz nennen würde, hätten wir das Seitenstück des Geldwechsels.

Aber wie verträgt sich diese Verwendung des Besitzgedankens mit der Besitztheorie?

Auf den ersten Blick scheint es einen Verstoß gegen die Grundidee des Besitzes zu enthalten, dem früheren Besitzer, der selber den Besitz an einen Anderen abgetreten hat, ein Besitzrechtsmittel auf Wiedererlangung desselben einzuräumen. Durch eigene Aufgabe des Besitzes hat er sich ja selber den Rückgriff auf denselben abgeschnitten, den Besitz in der Person des Gegners als gerechtfertigten Zustand anerkannt. Wie verträgt es sich damit, daß er ihn hinterher als Eingriff in sein Besitzrecht soll bemängeln dürfen, was doch die Voraussetzung eines jeden Besitzrechtsmittels bildet?

Vom Standpunkt der Besitztheorie des römischen Rechts ist diese Deduction vollkommen zutreffend, aber es ist verkehrt, die Gestalt, welche das römische Recht dem Besitzschutz gegeben hat, mit der Idee des Besitzes zu identificiren. Wer sagt denn, wenn wir einmal, wie auch ich es thue, für den Besitzschutz an dem Erforderniß eines Eingriffs in das Besitzrecht festhalten, daß derselbe lediglich dadurch begangen werden könne, daß Jemand mir die in meinen Händen befindliche Sache entreißt, warum nicht auch dadurch, daß er mir die ihm für eine bestimmte Zeit eingeräumte Sache nach Ablauf derselben vorenthält? Idee steht hier gegen Idee, in Frage kommt nur die Weite derselben. Wie viele der werthvollsten Erweiterungen römischer Rechtsbegriffe und Klagen hätten unterbleiben müssen, wenn die römischen Juristen, anstatt sich durch die praktischen Interessen und Anforderungen des römischen Lebens leiten zu lassen, die beschränkte Gestalt, in der das bisherige Recht die Idee erfaßt hatte, als maßgebend hätten betrachten wollen. Den Gedanken der juris possessio hätten sie einfach damit ablehnen können, daß die Idee des Besitzes körperliche Innehabung einer Sache zur Voraussetzung habe, und wir wissen von früher her (S. 275), daß Paulus in der That diese Vorstellung heranzog, um die Ausschließung der Ersitzung bei Prädialservituten logisch zu deduciren. Das spätere Recht hat sie zugelassen. Ist damit die Idee des Besitzes preisgegeben? Hat die moderne Rechtsentwicklung es gethan, indem sie dem Rechtsbesitz eine Ausdehnung gab, von der die Römer keine Ahnung hatten? Was wir die Idee eines Rechtsinstituts nennen, ist häufig nichts als das Vorhandene, dem unsere im Joch desselben befangene Auffassung den Nimbus des Apodiktischen verliehen hat. Nicht die Idee hat die Wirklichkeit, sondern die Wirklichkeit die Idee erzeugt. Erst wenn derjenige Gedanke, welcher die ganze menschliche

Welt aus sich entlassen hat: der Zweck das Seinige gethan hat, stellen sich die Ideen ein, um sein Werk in Besitz zu nehmen und als das ihrige auszugeben und gläubige Gemüther mit dem Wahn zu erfüllen, als enthielten sie das Maß der Dinge. Das wahre Verhältniß beider ergibt sich aus der Thatsache, daß die Ideen mit den Zwecken wechseln — noch nie hat die Idee den Siegeslauf des Zweckes in der Welt dauernd zu hemmen vermocht, das Einzige, das sie d. i. das Haften am Gegebenen fertig gebracht hat, besteht darin, daß sie ihn vorübergehend erschwert hat.

Diesen Gedanken des Zwecks rufe ich an, um die von mir befürwortete Erweiterung des Besitzschutzes zu rechtfertigen. Sie besteht in der Erstreckung desselben auf den Fall unrechtmäßiger Vorenthaltung des Besitzes bei unbeweglichen Sachen. Das Bedürfniß derselben glaube ich oben dargethan zu haben. Praktisch wird dadurch am römischem Recht nichts geändert, dem Eigenthümer wird damit nur dieselbe Möglichkeit wieder verschafft, die er in Rom hatte, den Pächter und Miether nach Beendigung des Verhältnisses zur sofortigen Räumung zu nöthigen. Nur die Art der juristischen Begründung ist in beiden Fällen eine verschiedene, in Rom stützte der Kläger seinen Anspruch auf gegenwärtigen Besitz, hier auf ehemaligen.

Und das sollte dem Grundgedanken des Besitzes widerstreben? Wenn der Gesetzgeber den Satz aufstellt: die Besitzklage kann erhoben werden aus drei Gründen: wegen Entreißung, Störung, Vorenthaltung, was will denn der Jurist dagegen machen? In meinen Augen ist die Sache damit abgethan. Gewiß würde es in diesem Fall aber nicht an solchen fehlen, welche den Gesetzgeber beschuldigten, damit über den Grundgedanken des Besitzes hinausgegangen zu sein. Im Wesen, in der Natur, der Idee des Besitzes, würden sie sagen,

liegt es einmal, daß derselbe in dem Moment existiren muß, wo der Eingriff, der zur Klage Anlaß gibt, vorgenommen wird, die vom Gesetz gewährte Klage wegen Vorenthaltung muß als Contractsklage charakterisirt werden, denn den Grund derselben bildet nicht der ehemalige Besitz, sondern der contractliche Anspruch auf Rückgabe der Sache, nur die Art der Verwirklichung ist eine von der sonstigen Weise der Durchführung contractlicher Ansprüche abweichende.

In Wirklichkeit ist diese ganze Deduction nichts als das bekannte ex vinculis sermocinari, sie enthält nur einen anderen Ausdruck dafür: dem römischen Recht ist diese Verwendung des Besitzgedankens fremd. Aber dem vorjustinianischen Recht war sie nicht fremd. Das interdictum utrubi[1]) erforderte nicht gegenwärtigen, sondern ehemaligen Besitz, der Kläger hatte nichts zu beweisen, als: ich habe die Sache im letzten Jahre länger besessen als der Beklagte, damit allein hatte er seinen Anspruch auf Rückgabe dargethan. Erblickten die Römer darin nichts dem Wesen, der Idee, dem Grundgedanken des Besitzes Widersprechendes, sollen wir etwa römischer sein als sie selber, denen wir die ganze Besitzlehre verdanken?

Allein, wird man mir einwenden, bei dem genannten Interdict brauchte nichts als der Besitz, hier dagegen muß der Contract in Bezug genommen werden. War diese Bezugnahme in Rom etwa nicht erforderlich? Wie begründete denn der Verpächter, Vermiether sein interdictum uti possidetis? Nur dadurch, daß er das Contractsverhältniß darlegte und dadurch den Beweis erbrachte, daß er Besitzer und der Be-

---

1) Das interdictum de precario, das vom Standpunkt der Savigny-schen Theorie ebenfalls in Bezug genommen werden könnte, führe ich nicht an, da ich darin kein possessorisches Rechtsmittel erblicke. (S. 468 unten.)

klagte Detentor sei, auf andere Weise konnte er ihn gar nicht erbringen (S. 440, Note 1).

Ich berühre schließlich den letzten Einwand, den man gegen meine Besitzklage wegen Vorenthaltung erheben könnte: es fehle bei ihr an dem Eingriff in den Besitz. Wenn man den Begriff des Eingriffs von vornherein so eng fassen will, daß er an die Voraussetzung eines gegenwärtigen Besitzes geknüpft ist, allerdings. Aber ist das nöthig? Ich bestreite es. Die Vorenthaltung der Sache nach Ablauf der gesetzten Zeit enthält zwar keinen Eingriff in, wohl aber in Bezug auf den Besitz. In römischer Sprache ausgedrückt: die bisherige possessio justa des Miethers und Pächters hat sich mit Ablauf der Zeit, für die ihm der Besitz überlassen war, in eine possessio injusta verwandelt, er begeht eine Widerrechtlichkeit, indem er dem Kläger den Besitz vorenthält. Auch beim interdictum utrubi war die Sachlage keine andere, die Voraussetzung desselben war nichts als Dasein eines Besitzes in der Person des Beklagten, der nicht ihm, sondern dem Kläger gebührte. Die juristische Natur des Rechtsmittels ist mit dem von mir gewählten Ausdruck: Klage wegen Vorenthaltung des Besitzes vollständig gekennzeichnet: die Sache befindet sich in den Händen eines Anderen, dem der Besitz nur für eine bestimmte Zeit zugestanden worden ist; durch verweigerte Herausgabe derselben nach Ablauf der Zeit begeht derselbe kein minderes Unrecht als derjenige, der einem Andern den Besitz entzieht.

Ich gewärtige, daß alles, was ich bisher vorgebracht habe, in den Augen des orthodoxen Romanisten keine Gnade finden wird. Aber eine Instanz wird auch er anerkennen: die der interdicta adipiscendae possessionis des römischen Rechts. Kann er es nicht über sich gewinnen, das von mir vorgeschlagene Rechtsmittel unter die Schablone der römischen

interdicta recuperandae oder retinendae possessionis zu bringen, nun gut, so erübrigt noch die genannte. Gewährte das römische Recht dem Verpächter das interdictum Salvianum, um auf Grund des abgeschlossenen Vertrages sich den Besitz der ihm verpfändeten Sachen zu verschaffen, was steht denn im Wege, daß unser heutiges Recht ihm und dem Vermiether ebenfalls ein possessorisches Rechtsmittel gewährt, um den Besitz der Sache wieder zu verschaffen?

Ich bin mit meiner Kritik des Entwurfs zu Ende. Es ist mir kein erfreuliches Ding gewesen, mich der Zahl derjenigen anzuschließen, die ihm und damit unserm künftigen Gesetzbuch Steine in den Weg werfen, ich habe das volle Verständniß für die eminente politische Bedeutung der baldigen Vollendung dieses Gesetzgebungswerkes und nicht minder auch für die gewaltigen Schwierigkeiten, welche sich der Commission entgegenstellten, und die sie mit größter Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit zu bewältigen bestrebt gewesen ist, und ich habe nichts dagegen, wenn von alledem, was ich hier ausgeführt habe, bei der endlichen Feststellung des Gesetzbuchs im Interesse der Beschleunigung nicht die mindeste Notiz genommen wird, es mag einer kommenden Zeit vorbehalten bleiben, die Mängel desselben zu verbessern. Als Jurist aber glaubte ich es mir selber schuldig zu sein, bei einer Lehre, der ich die eingehendste Erörterung gewidmet hatte, dem Anlaß zu einer Kritik des Entwurfs nicht aus dem Wege zu gehen, ich durfte nicht den Vorwurf auf mich laden, daß ich geschwiegen habe, wo Reden Pflicht war.

XX.

Endergebniß.

Den Nachweis der Unhaltbarkeit der herrschenden Theorie über den Besitzwillen glaube ich im Bisherigen bis zur Evidenz erbracht zu haben. Aber dieses zugestanden — was ergiebt sich daraus für die Unrichtigkeit der herrschenden Methode? Es bleibt ja möglich, daß jene Theorie irrig ist trotz richtiger, die meinige richtig trotz irriger Methode. Darf man für die Irrthümer, welche die Wissenschaft begeht, ihre Methode verantwortlich machen? In zahlreichen Fällen gewiß nicht, aber es giebt auch Irrthümer, welche ausschließlich durch eine falsche, der Natur des Gegenstandes nicht entsprechende Art der Beobachtung oder Untersuchung veranlaßt worden sind, und die daher einen untrüglichen Schluß auf letztere gestatten. Ein einziger derartiger Irrthum kann die Fehlerhaftigkeit der Methode in das richtige Licht setzen, weil er bei richtiger Methode gänzlich unmöglich gewesen wäre, sowie schon ein einzelnes Urtheil, eine einzelne Frage oder Behauptung den ganzen Bildungsstand des Menschen, seine Art zu denken enthüllen kann.

Ich nenne derartige Urtheile, Fragen, Behauptungen symptomatische — sie zeichnen den ganzen Menschen. Und dasselbe gilt auch von gewissen wissenschaftlichen Irrthümern, sie sind symptomatischer Art, sie bekunden einen Fehler in der Methode. Sicherlich wird dieselbe Mangelhaftigkeit der Methode noch zahlreiche andere Irrthümer ins Leben gerufen haben, aber zum Nachweis ihrer Existenz ist die Sammlung aller dieser Irrthümer ebensowenig erforderlich, wie man, um von dem Apfel auf den Apfelbaum, von der Schlehe auf den Schlehenbusch zu schließen, nöthig hat, alle Früchte zusammenzutragen, die auf ihm gewachsen sind. Aepfel wachsen nicht am Schlehenbusch, Schlehen nicht am Apfelbaum: der Sammlung sämmtlicher Früchte bedarf es nur, um die Fruchtbarkeit, nicht um die Art des Baums zu erweisen, hierzu reicht die einzelne Frucht vollkommen aus. Den Nachweis, daß die ungesunde Methode unserer Jurisprudenz noch eine Menge anderer fauler Früchte getragen hat, werde ich an anderer Stelle erbringen, hier genügt mir bereits die eine, von der ich in dieser Schrift zur Genüge glaube dargethan zu haben, daß sie faul ist.

Ich habe sie als Stichprobe der Methode unserer heutigen Jurisprudenz herausgegriffen, weil man glauben möchte, sie sei dazu prädestinirt gewesen, daß alle denkbaren Sünden, welche die Jurisprudenz überhaupt nur begehen kann, an ihr zu Tage treten sollten: sie ist gleichsam das pathologische Musterpferd, an dem die Veterinärkunde sämmtliche Fehler und Gebrechen des Pferdes veranschaulicht.

Ich stelle das ganze Sündenregister unter Angabe der betreffenden Stellen der Schrift zusammen und warte ab, ob Jemand noch irgend eine denkbare Sünde aufzufinden vermag, die darin fehlt:

1. Uebersehen der entgegenstehenden Zeugnisse der Quellen (XV).

2. Kritiklose Entgegennahme der rein doktrinären Abstraktionen der römischen Juristen (animus possidentis XIV, constitutum possessorium S. 211—215).

3. Gänzliche Vernachlässigung der geschichtlichen Seite der Frage (VII, VIII, XVIII).

4. Vollendetes Schweigen in Bezug auf die Beweisfrage (IX).

5. Völlige Mißachtung der legislativ-politischen Seite der Frage, nicht der leiseste Ansatz zu einer praktischen Kritik der angeblichen Gestalt der Sache im römischen Recht.

6. Gewaltsamste Durchführung des aufgestellten rein formalistischen Gesichtspunktes — Mißhandlung der Sprache und des gemeinen Denkens — unbewiesene Prämissen — fehlerhafte Schlüsse — eine Opportunitätslogik, die mit sich selber in Widerspruch geräth (XIV) — kurz Inkorrektheit selbst in Bezug auf den einzigen Punkt, in welchem sie völlig unanfechtbar dastehen müßte: der Logik.

Habe ich den Beweis der Fehlerhaftigkeit der Methode erbracht? Wenn der Schluß von der Schlehe auf den Schlehenbusch berechtigt ist, so sollte ich es meinen. Es ist geradezu undenkbar, daß unsere Jurisprudenz, wenn sie anstatt des Begriffes den Zweck zu ihrem Leitstern genommen hätte, auf solche Abwege gerathen wäre, schon allein das vierte und fünfte der obigen Momente hätte sie davor bewahren müssen.

Machen wir jetzt die Gegenprobe. Ueber den praktischen Werth der von mir gewonnenen Resultate brauche ich kaum ein Wort zu verlieren, sie sprechen für sich selber. Der Gegensatz von Besitz und Detention hat die einfachste Gestalt von der Welt angenommen. Sie ist mit der einen Wendung Besitzhinderniß in der Person des Detentors ge-

kennzeichnet. Damit ist die Frage von der Natur des Besitzverhältnisses dem schwankenden Momente des subjektiven Willens entrückt und zu einer objektiv ebenso sicher wie leicht bestimmbaren gemacht — die Rechtsregel, nicht der Wille entscheidet über Besitz und Detention, es herrscht Ordnung und Sicherheit. Damit ist zugleich der Beweisfrage eine Gestaltung gegeben, die nichts zu wünschen übrig läßt, mit dem Beweise des Besitzhindernisses verhält es sich nicht anders als mit dem des Usucapionshindernisses, er ist Sache des Gegenbeweises.

Der positive Charakter des Besitzhindernisses drängt mit Nothwendigkeit die Frage auf: was hat die Römer bestimmt, in gewissen Fällen trotz Vorhandenseins des Thatbestandes des Besitzes denselben auszuschließen? Es ist die Zweckfrage oder die Interessenfrage, welche damit die Bühne betritt, um uns über jede Erscheinung, die wir hier wahrnehmen, die Augen zu öffnen, selbst über die räthselhafteste, die bisher aller Versuche nach einer befriedigenden Erklärung gespottet hat: das Prekarium. Die Frage von Besitz und Detention eine Interessenfrage — damit ist uns der Schlüssel in die Hand geliefert, um das Verständniß der gesammten Entwicklung zu erschließen, welche dieser Gegensatz von der ältesten Zeit in Rom bis auf den heutigen Tag durchgemacht hat.

Nicht dem Zufall oder einer glücklichen Intuition, von der wir nicht wissen, woher sie uns kommt, verdanke ich Alles dies, sondern der methodischen Anwendung des Gesichtspunktes, unter dem ich Alles und Jedes in der Rechtswelt erfasse: des Zweckes im Recht. Allerdings zuerst waren es die Quellenstellen, welche meinen Glauben an die herrschende Theorie erschüttert haben, sie wollten zu ihr nicht stimmen. Aber von diesem ersten Zweifel bis zum völligen Aufbau meiner Theorie

war ein langer Weg, er ist zurückgelegt an der Hand des Zweckes, und ich bin überzeugt, daß, wenn ich einem findigen Kopf, der von meiner Theorie nicht das Mindeste wüßte, lediglich sagte: die herrschende Theorie über den Gegensatz von Besitz und Detention ist verkehrt, nimm den Zweckgedanken als Leitstern, um die richtige Theorie zu entdecken, sieh jede Erscheinung, welche dir begegnet, darauf an, durch welches praktische Motiv sie veranlaßt sein kann — ich bin überzeugt, daß er schließlich ganz dasselbe finden würde, was ich gefunden habe. Freilich die Kenntniß der altrömischen Zeit muß er mitbringen und sich völlig in sie hineinleben, mit einem müssigen Conjecturiren vom Standpunkte unseres heutigen Lebens ist es nicht gethan. Er muß sich nicht bloß fragen: wozu mag dies und jenes in alter Zeit wohl gedient haben? sondern: was würdest du gethan haben, wenn du in jener Zeit gelebt hättest, um mit den Mitteln, die dir das alte Recht zur Verfügung stellte, diesen oder jenen Zweck zu erreichen? Es ist die Bethätigung der realistischen Methode in Bezug auf die Rechtsgeschichte, der Zweckgedanke in Anwendung auf die Lösung rechtsgeschichtlicher Probleme: ich möchte sie die rechtsgeschichtliche Heuristik nennen. Auf Grund dessen, was über Recht, Sitte und Art der Vergangenheit überliefert ist, beschwört sie die alte Zeit herauf nicht blos in ihren äußerlichen Verhältnissen, sondern auch in ihrer inneren Anschauungsweise, damit sie Antwort ertheile auf diejenigen Fragen, auf welche eine dürftige Ueberlieferung die Antwort versagt. Sie beginnt also recht eigentlich erst da, wo die gewöhnliche äußerliche Art der Rechtsgeschichtschreibung, die descriptive Methode aufhört. Sie ist es, der ich die Enträthselung einer Menge von rechtshistorischen Problemen verdanke, und ich bin überzeugt, daß sie in demselben Maaße wie die forma-

listische Methode der realistischen weicht, ihre Fruchtbarkeit für die Wissenschaft bethätigen wird.

Dann wird der schaale Einwand des mangelnden äußeren Quellenzeugnisses verstummen, der mir so oft entgegengesetzt worden ist und den man auch, wie ich nicht zweifle, gegen manche der in dieser Schrift ausgesprochenen Ansichten — z. B. gegen die von der Zweckbestimmung des Prekarium — ins Feld führen wird. Die Zukunft wird lernen, die Beweiskraft des Zweckgedankens auch für rechtshistorische Fragen zu würdigen.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena — 419

